Grundriß zu Vorlesungen

über

gemeines deutsches Strafrecht.

Von

Dr. August Geyer
o. ö. Professor der Rechte zu München.

Erste Hälfte.

Einleitung und allgemeiner Theil.

München.
Theodor Ackermann
königlicher Hof-Buchhändler.
1884.

Grundriß zu Vorlesungen

über

gemeines deutsches Strafrecht.

Von

Dr. August Geyer

o. ö. Professor der Rechte zu München.

Erste Hälfte.

Einleitung und allgemeiner Theil.

München.

Theodor Ackermann

königlicher Hof-Buchhändler.

1884.

Kgl. Hof-Buchdruckerei von E. Mühlthaler in München.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Allgemeiner Theil.

Erstes Buch. Das Verbrechen.

Erster Abschnitt. Das Verbrechen im Allgemeinen und das Strafgesetz.

Erstes Hauptstück. Das Verbrechen im Allgemeinen.

Zweites Hauptstück. Das Strafgesetz.

Zweiter Abschnitt. Der allgemeine Thatbestand des Verbrechens.

Zweites Buch. Die Strafe.

Erster Abschnitt. Die Strafmittel.

Zweiter Abschnitt. Die Anwendung der Strafen durch den Richter.

Erklärung einiger Abkürzungen.

v. Bar = L. v. Bar Handbuch des deutschen Strafrechts. Erster Band: Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien 1882.

Berner = A. F. Berner Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Dreizehnte Aufl. 1884.

Binding = K. Binding Grundriß zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht. I. Einleitung und Allgemeiner Theil. 2. Aufl. 1879. (Die Seitenzahlen der 3. Aufl. sind von S. 83 an in Klammern beigesetzt).

G. A. = Archiv für (preußisches) Strafrecht, von Goltdammer begründet (s. den Grundriß § 17 VIII 4).

Geyer Lehrb. = A. Geyer Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafproceßrechts 1880.

Hälschner = H. Hälschner Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt. 1. Band 1881.

H. H. = Handbuch des deutschen Strafrechts. In Einzelbeiträgen ... herausg. von F. v. Holtzendorff. 4 Bände 1871—1877.

v. Liszt = F. E. v. Liszt Das deutsche Reichsstrafrecht u. s. w. 1881.

Meyer = H. Meyer Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Dritte Auflage 1882.

N. A. = Neues Archiv des Criminalrechts und auch = Archiv des Criminalrechts. Neue Folge (s. den Grundriß § 17 VIII 4).

Schütze = Th. R. Schütze Lehrbuch des deutschen Strafrechts u. s. w. Zweite Auflage 1874.

v. Wächter = G. v. Wächter Deutsches Strafrecht. Vorlesungen 1881.

v. Wächter Beil. = K. G. Wächter Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. 1. Lieferung 1877.

Zeitschr. = Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft.

Die ohne Zusatz angeführten §§ sind §§ des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich.

Die Reichsgerichtsentscheidungen (RGE.) sind in der Regel nach der „Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen“ (z. B. IV S. 99 = IV. Band der „Rechtsprechung“ u. s. w. S. 99), ausnahmsweise nach den „Entscheidungen des Reichsg. in Strafsachen“ (E.) oder nach den „Annalen des Reichsgerichts“ (A.) angeführt.

Erklärung einiger Abkürzungen.

[illegible]

[illegible]

Einleitung.

§ 1. Begriff des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft. Das gemeine deutsche Strafrecht insbesondere als Gegenstand der Vorlesungen.

H. H. I S. 1. Hälschner S. 1 ff. Berner S. 2. Schütze S. 1. Mayer S. 1. v. Liszt S. 1. v. Wächter S. 1. Beil. S. 1, 4.

I. Strafrecht im objectiven Sinn ist ein Inbegriff von Rechtsnormen über Strafen, im subjectiven Sinn das irgend Jemanden zukommende Recht zu strafen (jus puniendi). Für das erstere sind die Ausdrücke jus criminale und jus poenale nicht klassisch, vgl. Birnbaum N. A. VIII S. 396, 643; IX 339. Binding S. 1. Pernice. M. Antist. Labeo u. s. w. II 1878 S. 6.

II. So wie es überhaupt nicht bloß staatliches Recht gibt, so auch nicht bloß staatliches Strafrecht. Hoch ausgebildet ist besonders das kirchliche Strafrecht. Wie sonst gewöhnlich, versteht man aber auch hier unter „Recht" schlechtweg nur das staatliche, also nur vom Staat ausgehende Normen für die vom Staat zu handhabende Strafgewalt.

III. Vom Strafrecht selber (im objectiven Sinn) ist die Strafrechtswissenschaft (jurisprudentia criminalis) zu unterscheiden als der nach inneren Gründen (systematisch) geordnete Inbegriff der Rechtssätze über strafbare Handlungen und deren Bestrafung. Sie kann denkbarer Weise sein Universalstrafrechtswissenschaft (nicht zu verwechseln mit der bloßen vergleichenden Strafrechtswissenschaft) oder sich auch bloß erstrecken auf das in einem bestimmten begränzten Rechtsgebiet (insbesondere innerhalb eines Staates) geltende Strafrecht.

Niemals aber kann die Strafrechtswissenschaft ihre Aufgabe vollständig lösen, wenn sie sich beschränkt auf Darstellung der Strafrechtsgeschichte, geschichtliche Begründung des bestehenden Rechts und Abstraction von allgemeineren Rechtsgrundsätzen aus eben diesem bestehenden Recht. Das bestehende Strafrecht baut sich aus zum Theil selber widersprechenden Begriffen auf. Ueberdieß sind die Grundbegriffe des Strafrechts gar nicht specifisch rechtlicher Natur. Den drei Hauptsäulen desselben: Verbrechen, Zurechnung, Strafe kommt an sich gar kein auf das Recht bezügliches Begriffsmerkmal zu.

(Vgl. R. Löning in der Zeitschr. f. g. Str. III S. 223 und dagegen ebenda S. 599).

Der früher gemachte Gegensatz von philosophischer und positiver Strafrechtswissenschaft hat also gute Gründe für sich. Eine vollständige systematische Darstellung des positiven Rechts muß aber stets philosophische Elemente in sich aufnehmen. Eine Philosophie des Strafrechts dagegen ist in demselben Sinne möglich wie überhaupt eine Philosophie des Rechts;

(s. darüber Geyer Gesch. und Syst. der Rechtsphilosophie in Grundz. 1863 S. 3, 110, 127, 162. v. Holtzendorffs Encycl. 4. Aufl. S. 3, 55, 58, 77).

IV. Zu unterscheiden ist materielles Strafrecht (Strafrecht im e. S.) und formelles Strafrecht (Strafprozeßrecht).

V. Zu trennen ist an sich ferner die s. g. Criminalpolitik (Strafgesetzgebungspolitik) von dem Strafrecht. Criminalpolitische Erörterungen können aber in einem strafrechtlichen System schon deßhalb nicht umgangen werden, weil eine Anzahl positiv rechtlicher Bestimmungen bloß auf criminalpolitischen (oder Zweckmäßigkeits-) Erwägungen beruhen.

VI. Im deutschen Reich scheidet sich wie in ähnlichen zusammengesetzten Staatenbildungen das gemeine (Reichs-) von dem Landes- (Sonder- oder Particular-) Recht (vgl. unten § 15 IV).

Der Gegenstand, der uns hier beschäftigt, ist aber nicht das gesammte gemeine deutsche Strafrecht. Wir scheiden aus demselben vielmehr aus:

1. Das jus speciale, welches in dem Militärstrafgesetzbuche vom 20. Juli 1872 enthalten ist. (Einzelnes aus demselben muß zur Vergleichung herangezogen werden).

2. Das gemeine deutsche Disciplinarstrafrecht (s. das Gesetz vom 31. März 1873 betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, die Disciplinarstrafordnung für das Heer vom 31. Oct. 1872, für die Marine vom 23. Nov. 1873; auch die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878). Vgl. über das Verhältniß des Disciplinarstrafrechts zum Strafrecht im e. S. Hefftер N. A. XIII (1833) S. 48, 155. Buddeus in Weiskes Rechtslex. I S. 220; III S. 445. Meves H. H. III S. 930, 939; IV S. 339. Bülau in Bluntschlis und Braters Staatslex. III S. 140. v. Pözl eb. IX S. 696. Laband Staatsr. I S. 447. Binding Gr. S. 111 (Litteratur S. 112). Zorn Staatsr. S. 243. v. Liszt in v. Holtzend. Rechtsl. 3. Aufl. II S. 966.

3. Stellung des Strafrechts im Rechtssystem überhaupt.

§ 2. Begründung der Strafe (Strafrechtstheorie).

A. Princip der Strafe.

Rechtsphilosophie a. a. O. (Litteratur eb. S. 109). Zeitschr. für exacte Philosophie I S. 101, 444. Ziller Allg. philos. Ethik 1880 S. 227, 310. v. Holtzendorffs Encyclop. a. a. O.

I. Auszugehen ist von einem allgemein anerkannten Begriff. Allgemein anerkannt aber ist, daß Strafe im e. S. (abgesehen von „natürlicher" und „göttlicher" Strafe) ein Uebel ist, welches von Menschen über Menschen verhängt wird, nachdem diese irgend etwas gethan haben, worin man irgendwie eine Grundlage für die Bestrafung findet.

II. Hier liegt die Frage am nächsten: Kann man in der That eines Menschen einen genügenden Grund für Zufügung eines Uebels finden? Läßt sich unter gewissen Voraussetzungen nachweisen: daß eine That solche Zufügung fordert?

Allerdings läßt sich ein solcher Nachweis führen. Die Voraussetzungen, welche zur Vergeltung durch Strafe auffordern: a) daß die That selber eine Uebelthat ist, b) daß sie auf den Willen des Thäters zurückzuführen, also Handlung ist.

III. Entwicklung der Idee der Vergeltung (Gerechtigkeit).

IV. Die Gerechtigkeit also stellt für (Wohl- und) Uebelthaten die Forderung auf: Es soll entgolten werden. Daraus folgt weiter:

1. Nicht die Rache des Verletzten entspricht der Idee. Vielmehr soll ein unparteiischer Richter mit dem Recht und mit der Macht zu strafen ausgerüstet nach genauer ruhiger Prüfung der Sache die Strafe verhängen.

2. Wann der Staat strafen soll und kann, mit anderen Worten: welche Uebelthaten er als Verbrechen behandeln soll und kann, hängt ab von Erwägungen mannigfaltigster Art (s. unten § 18).

3. Von vorneherein zurückzuweisen ist die Ansicht, daß die Talion der Gerechtigkeit entspreche. Sie beruht auf rein äußerlichen Abschätzungen und falschen Gleichsetzungen, ist überdieß zumeist unausführbar, steht im Widerspruch mit anderen sittlichen Principien und insbesondere auch mit den Strafzwecken.

§ 3. B. Die Strafzwecke.

I. Die Strafe ist vollständig begründet durch ihr Princip, sie bedarf nicht weiterer Begründung, wenn sie wirklich angemessene Ausgleichung ist. Auch wo es nicht irgendwie zu erkennen ist, daß in der Zukunft liegende Wirkungen dieser oder jener Art durch Bestrafungen erreicht werden können, soll gestraft werden, quia peccatum est.

II. Allein wenn sich in einem Fall herausstellt, daß zu billigende, anstrebenswerthe, etwa sogar ethische Zwecke durch eine gewisse Art der Bestrafung erreicht werden können, ohne daß darunter die Gerechtigkeit leidet (d. h. ohne daß

die Strafe der Uebelthat gegenüber zu mild oder zu streng wird), dann muß diese Weise der Bestrafung jeder anderen, wenngleich gerechten doch minder zweckmäßigen vorgezogen werden. Die Gerechtigkeit ist also regulatives nicht bloß limitatives Princip der Strafe. Die nach psychologischer Erfahrung aber möglicherweise durch die Strafe anzustrebenden und zugleich an sich zu billigenden Zwecke lassen sich unter die beiden Begriffe Sicherung und Besserung bringen.

III. Die Sicherung gegen künftige Uebelthaten kann in einem gewissen Umfang erreicht werden schon durch Straf-Drohungen, welche warnend und abschreckend wirken. Ferner durch die Strafzufügung in derselben Weise gegenüber allen möglicherweise zu Verbrechen Geneigten (allgemeine Abschreckung, Generalprävention) oder insbesondere gegenüber dem Verbrecher selbst, den die Strafe trifft (Specialprävention entweder durch Witzigung oder durch Unschädlichmachung — relative, absolute Sicherung).

IV. Die Besserung des Verbrechers ist erreichbar durch eine pädagogische Handhabung der Strafmittel. Das Anstreben einer bloßen äußerlichen oder „juridischen" Besserung, d. h. der Erweckung einer bloß legalen (nicht wahrhaft loyalen) Gesinnung unterscheidet sich wenig von dem Trachten nach Specialprävention durch Witzigung; erreicht man wirkliche (innerliche) Besserung (sittliche Umkehr), so ist die Unschädlichmachung des Verbrechers auf einem Weg erreicht, der uns den größten sittlichen Beifall abgewinnen muß.

§ 4. Kritik der wichtigsten Strafrechtstheorien.

H. H. I S. 239. (Heinze; Litt. S. 241.) Hälschner S. 558. v. Bar S. 199. Berner S. 6. Meyer S. 3. v. Liszt S. 2, 14. Wächter Beilagen I S. 10; Strafrecht S. 7. Binding Normen I S. 24; Zeitschr. für das Privat- u. öffentl. R. IV S. 417; Grundr. S. 91. Hepp Darstellung u. Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme, 2 Bände 1843, 1845; Ders. Ueber die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorien des

Auslandes 1834. Abegg Die verschiedenen Strafrechtstheorien u. s. w. 1835. Berner N. A. 1845 S. 144. Ziegler Die Sicherungstheorien Gerichtss. 1862 S. 3. Laistner Das Recht in der Strafe 1872. Seber Gründe u. Zwecke der Strafe 1876. Pfenninger Der Begriff der Strafe u. s. w. 1877. Jellinek Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht u. Strafe 1878. Laas Vierteljahrsschr. für wissensch. Philos. V S. 137, 296, 448. Hrehorowicz Grundlagen und Grundbegriffe des Strafrechts 1880. H. Meyer Gerichtss. 1881 (XXXIII) S. 101 (vgl. die Litt. dort Note * zu S. 102).

Die Haupteintheilung der Strafrechtstheorien ist die in absolute und in relative Theorien. Die ersteren erblicken in der geschehenen Uebelthat den genügenden Grund für die Strafe, die letzteren finden ihn nicht hierin, halten die Strafe nicht schon allein als Reaction gegen die verbrecherische Action, nicht bloß durch die Beziehung auf das begangene Verbrechen, sondern nur insoferne für gerechtfertigt, als sie auch Mittel zur Erreichung irgend eines außerhalb dieser Beziehung liegenden Zwecks ist. Etwas Relatives ist die Strafe natürlicherweise immer, insoferne sie nothwendigerweise doch etwas, das bestraft wird, auf das sie sich also bezieht, voraussetzt, und darum ist der Ausdruck „absolute Theorie" nicht genau bezeichnend; allerdings aber begnügen sich die absoluten Theorien mit dieser einen nothwendigen Beziehung, während die relativen zu ihr noch mindestens eine andere Beziehung zu einem „Strafzweck" für nothwendig erklären.

Eben aus dem hervorgehobenen Gegensatz zwischen den beiden Hauptarten von Strafrechtstheorien (entweder genügt das quia peccatum est zur Begründung oder es genügt nicht, und wird irgendwie ein nec peccatur formuliert) ergibt sich auch, daß es Theorien, welche absolute und relative Theorie in sich zusammenfassen, s. g. Vereinigungs-, synkretistische oder gemischte Theorien als eine dritte Hauptart nicht geben kann. Man kann wohl eine Anzahl von relativen Theorien zu einer zusammengesetzten relativen Theorie verbunden denken, nicht aber irgend welche principielle Vereinigung des

Grundgedankens der absoluten Theorien mit den Anschauungen irgend einer relativen Theorie. Unsere oben (§§ 2, 3) aufgestellte Theorie würde man fälschlich eine Vereinigungstheorie nennen; sie ist vielmehr eine absolute, weil ihr zufolge die vollständige Begründung der (vergeltenden) Strafe in der begangenen Uebelthat liegt. Jede s. g. Vereinigungstheorie aber, welche hierin nicht die vollständige Begründung sieht, und daher zur Ergänzung dieser Unvollständigkeit nach einer weiteren Beziehung der Strafe als der Beziehung zur verübten Missethat sucht, ist eben darum in Wahrheit eine relative Theorie.

Die Untereintheilung der relativen Theorien ist in dem oben § 3 (unter III und IV) Gesagten angedeutet. In dem dort Bemerkten ist auch auf die wahre Bedeutung der Strafzwecke, welche von den relativen Theorien zu Strafprincipien erhoben werden, hingewiesen. Wir beginnen mit den Sicherungstheorien, um zu den Besserungstheorien und dann zu den absoluten Theorien fortzuschreiten.

A. Sicherungstheorien.

I. Die alte Abschreckungstheorie. Filangieri La scienza della legislazione 1781—1788 T. III P. III c. 27. (Deutsch: Syst. der Gesetzgebung, 4. Band 1787 S. 17). Gmelin Grundsätze der Gesetzg. über Verbrechen und Strafen 1785 S. 35. Im Wesentlichen auch Beccaria Dei delitti e delle pene 1764 und viele Aeltere und Neuere.

Der Gedanke, daß durch Zufügung der Strafe diejenigen, welche etwa die Neigung haben sollten, das Verbrechen nachzuahmen, hievon abgeschreckt werden sollen (Generalprävention durch den Strafvollzug), ist ein so naheliegender, daß es ihm nie an Anhängern gefehlt hat. Wünschenswerth wäre ja vor Allem ein Zustand des öffentlichen Lebens, welcher es überhaupt nicht zu Verbrechen kommen ließe. Dem Ideal der Gerechtigkeit würde es am meisten entsprechen, wenn eine Gemeinschaft nur aus Gerechten, alle Ungerechtigkeit Vermeidenden, bestände, und dann zunächst, wenn wenigstens allen zu ungerechten, verbrecherischen Thaten Geneigten

die Möglichkeit zu Uebelthaten benommen wäre. Verbrechen zu verhüten, es gar nicht kommen zu lassen zu Thaten, welche Strafe erheischen, bleibt also unzweifelhaft die höchste Aufgabe auch des Staates auf dem Gebiete der „Strafrechtspflege". Diese Aufgabe aber zu erfüllen ohne durch die dabei angewandten Mittel die Gerechtigkeit selber zu verletzen, ist äußerst schwierig. Namentlich ist es ganz verfehlt, wenn man die Strafzufügung selber begründen will durch die Nothwendigkeit, vom Verbrechen abzuschrecken. Die Strafe ist kein bloßes exemplum, keine bloße Warnungstafel für Andere, sondern sie weist auf das, was bestraft wird, als nothwendige Ergänzung hin. Wenn die Abschreckungskraft der Rechtfertigungsgrund für die Strafvollstreckung ist, dann ist jener Strafvollzug der vortrefflichste, welcher am meisten Schrecken erregt. So drängt das Abschreckungsprincip zum Terrorismus, aber eben dieser vereitelt allmälig seine eigenen Wirkungen, wenn er durch seine Maßlosigkeit (Ungerechtigkeit) die Gemüther zum Theil verhärtet, zum Theil erbittert und zur Parteinahme für den Verbrecher anreizt. Ueber die falsche psychologische Anschauung, welche der Abschreckungstheorie zu Grunde liegt, siehe unten die Einwendungen gegen die Special- und Generalpräventionstheorie.

Historische Belege für die Anerkennung des Abschreckungsprincips in alter und neuerer Zeit: Aulus Gellius Noct. Att. lib. VII 14: Tertia ratio vindicandi est, quae ʽπαράδειγμαʼ a Graecis nominatur, cum poenitio propter exemplum necessaria est, ut ceteri a similibus peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deferreantur. Idcirco veteres nostri quoque „exempla" pro maximis gravissimisque poenis dicebant. (Dagegen schon Tacitus Ann. XIV 44 i. f.: habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur). Ulpian l. 6 § 1 D. de poenis: . . . ut exemplo deterriti minus delinquant. Saturninus l. 16 § 10 eod.: Nonnunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quoties nimium multis personis grassantibus exemplo opus sit. Callistratus l. 28 § 15 eod.: Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos, compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur

alii ab iisdem facinoribus, (et solatio sit cognatis et affinibus interemtorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent). Paullus l. 38 § 5 eod.: Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam .... relegantur. Marcianus l. 3 § 2 D. ad leg. Corn. de sicar.: ... relegari jussa est ea, quae non quidem malo animo sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat, decesserit.*) Tryphoninus l. 31 pr. D. depos.: .... male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Menander l. 6 § 3 D. de re milit.: Qui in acie prior fugam fecit spectantibus militibus, propter exemplum capite puniendus est. L. 14 C. Th. de poenis: Ne diu apparitorum prava ... perfidia in publica impune commoda desaeviret ... L. 10 C. Th. de fam. lib.; l. 24 C. Th. de bon. proscr.; L. 1 C. ad leg. Jul. repet.: Ut unius poena metus possit esse multorum ..., l. 57 C. de episc.: ut metu poenae eos, qui ad peccandum proclives sunt, a peccando arceamus. Nov. 17 c. 5, Nov. 30 c. 11. — C. 1 Dist. IV, c. 33 C. XXIII qu. 4, c. 35 X de sent. excomm. Leg. Gund. LII 5, Capit. Aquisgr. 802 c. 33 .... sed taliter ex hoc corripiantur ut ceteri metum habeant talia perpetrandi. P. G. O. A. 130: ... Doch zu merer Forcht andern, sollen solch boßhaftig .... A. 137 a. E.: vor der entlichen tödtung vmb grösser forcht willen die straff meren. — Der englische Richter Burnet sagt: Man thou art not hanged for stealing a horse, but that horses may not be stolen. Früher gewöhnliche Urtheilsformel: „sich selbst zur wohlverdienten Strafe und Andern zum abscheulichen Exempel".

II. Grolmans Specialpräventionstheorie. Grolman Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung 1799. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 1797, 2. Aufl. 1805, 4. Aufl. 1825 S. 4.

---

*) Vgl. Pernice Labeo II S. 245 A. 22 und insbesondere das Rescript Hadrians in l. 33 D. de re jud.

Die Idee eines rechtlichen Zustandes fordert, daß ein Jeder auf das Entferntbleiben rechtsverletzender Handlungen seiner Nebenmenschen solle rechnen können. Dieses ist nur dann möglich, wenn man darauf rechnen kann, daß der Wille der Menschen in allen Momenten genügende Motive gegen das Unrecht finden werde. Derjenige, von welchem es gewiß ist, daß bei ihm nicht auf die Wirksamkeit genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen zu rechnen sei, befindet sich daher in einem wirklichen Widerspruche gegen die Forderungen der Rechtsidee und was zur Entfernung dieses Widerspruchs gehört, das muß als zu den Forderungen dieser Idee zusammenstimmend betrachtet werden. Aus welchen Gründen der Wille der Menschen bestimmt werde, ist für die Rechtsgesetzgebung (da die Moralität in der Rechtslehre ohne Bedeutung ist) gleichgültig. Zwang ist daher nicht nur rechtlich, sondern es kann sogar, da auf die innere reine Triebfeder ebensowenig als auf die äußere der Belohnungen im Allgemeinen gerechnet werden kann, nur darin, daß jedem Widerspruch gegen die Forderungen eines rechtlichen Zustandes das Motiv des Zwanges entgegensteht, eine mögliche Garantie für das Bestehen des rechtlichen Verhältnisses gefunden werden. Entschädigungszwang und Zwang zur Nothwehr reicht hierzu nicht aus, es muß auch gegen entferntere Gefahren einen Defensions- oder Präventionszwang im e. S. geben. Rechtlich begründet ist dieser dadurch, daß man auf das für das rechtliche Verhältniß erforderliche Dasein genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmungen bei einem Menschen nicht rechnen kann und dieser daher, so lange dieser Zustand unverändert bleibt, als stets Gefahr drohend erscheint. Darum liegt in jeder willkürlichen versuchten oder vollendeten Rechtsverletzung der unzweideutige Beweis des Daseins des rechtlichen Grundes zum Präventionszwang. Der rechtliche Zweck des letzteren ist: durch Aufhebung seines Grundes den Zustand der Gefahrlosigkeit herzustellen. Dieser Zweck kann erreicht werden 1. durch die Aufhebung der physischen Möglichkeit, Rechtsverletzungen zu begehen (absolute Sicherungsmittel), 2. durch Abschreckung. Der Mensch als sinnliches Wesen wird von der Aeußerung eines nicht legalen Willens abgeschreckt werden, wenn

die mit dieser Aeußerung verknüpften Uebel die Vorstellung der unangenehmen Folgen derselben zur überwiegenden erheben. Die absoluten Sicherungsmittel kann man auch dem Zurechnungsunfähigen gegenüber anwenden, gegen willkürliche Störer der rechtlichen Freiheit aber werden sie nur alsdann rechtlich gebraucht werden dürfen, wenn nach unseren Erfahrungen über den Menschen keine sichere Rechnung auf die Wirksamkeit der abschreckenden Mittel gegründet werden kann. Präventionsübel gegen willkürliche Störer des rechtlichen Verhältnisses gebraucht, nennt man rechtliche Strafen, welche demnach theils abschreckende, theils absolute Sicherheitsstrafen sind. Das Recht, dem willkürlichen Störer der rechtlichen Freiheit durch Präventionsübel zu begegnen, ist das Strafrecht, welches durch die aus dem Bewußtsein des Rechtsgesetzes sich erzeugende Vorstellung seiner Existenz sich als Strafdrohung ankündigt. Allgemeine Abschreckung ist allerdings eine Nebenwirkung der Strafdrohung und Strafzufügung, die Strafe ist aber nur auf den beim Strafbaren zu erreichenden Abschreckungs- bezw. Sicherungszweck beschränkt. — So Grolmans Theorie. Zur Kritik diene Folgendes: 1. Bei Grolman tritt uns vor Allem der Grundfehler fast aller Strafrechtstheorien recht deutlich entgegen: daß sie es nur darauf absehen, die öffentliche staatliche Strafe zu begründen, anstatt zuerst ganz allgemein zu untersuchen, inwiefern sich menschliches Strafen im weitesten Sinn (Zufügung von Uebeln im Hinblick auf ein vorangegangenes Verhalten) rechtfertigen lasse. Darum nun ein Ausgehen vom Begriff des „Rechtszustandes" und hier nun, wie gewöhnlich, die Behauptung, daß alle Moralität für die Rechtslehre keine Bedeutung habe, so daß ohne Weiteres, da der Zweck die Mittel heiligt, der Zwang als Mittel für die Aufrechthaltung des Rechtszustandes gerechtfertigt erscheint. Diese ganze Identificierung von Strafe und staatlicher Strafe, Verbrechen und Rechtsverletzung führt auf eine schiefe Ebene und engt den Blick auf ein kleines Segment des großen Gebietes ein.

2. Die Consequenz des Sicherungsprincips drängt zum Terrorismus. Absolute Sicherungsmittel wären eben stets das Sicherste. Vergebens sucht Grolman durch inconsequenten Abfall von

seiner Grundanschauung die Strafe dem Verbrechen angemessen zu gestalten. Dieses kann ihm ja doch nur ein Beweismittel für die in Zukunft noch zu befürchtenden Handlungen des Verbrechers sein. Also nicht was dieser gethan hat, sondern was er wahrscheinlicherweise künftighin Uebles zu thun geneigt sein wird, soll den Maßstab für die Bestrafung bilden. Dabei stützt man mit falscher psychologischer Anschauung sich auf das „sinnliche Wesen" des Menschen und überschätzt die abschreckende Wirkung von Strafdrohungen und Strafzufügungen.

3. Wird nicht um des begangenen Verbrechens willen, sondern damit der Verbrecher nicht wieder Verbrechen begehe, gestraft, so sinkt das erstere wie gesagt zu einem bloßen Beweis- oder Erkenntnißmittel für die Gefährlichkeit des Verbrechers herab. Das Strafrecht verwandelt sich also in Polizeirecht, die Strafe in eine Polizeimaßregel, welche sich begrifflich nicht unterscheidet von anderen zur Verhütung von Verbrechen angewandten polizeilichen Zwangsmaßregeln. (Wenn Grolman selber sagt: „Politische Besserung des Verbrechers kann allerdings als Zweck eines Theils der Strafen — der abschreckenden nämlich — angesehen werden", so hält ihn doch seine Scheidung von Recht und Moral ab von dem Schritt zur Besserungstheorie.)

In unseren gemeinrechtlichen Quellen ist die Specialprävention öfter betont. So z. B. Nov. 25. cap. 2 § 2: . . . . atque injustos siquidem insanabili morbo laborent, omnimodo puniat; si vero mediocriter aegrotent, in meliorem viam ducat. Vgl. Nov. 12. c. 1 und Marcianus in der l. 6. § 1. i. f. de custodia reor.: . . . . ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea talia facere moliatur.

(Verwandte Präventionstheorien schon bei Kleinschrod, Systemat. Entw. II. S. 9, 103. Stübel, System §§ 12, 67. Später bei Oersted, Ueber die Grundregeln u. s. w. 1818, S. 33. Tittmann Handb. des peinl. Rechts 2. Aufl. S. 27, 83. Schaffrath Grundwiss. des Rechts S. 59 in eigenthümlicher Umbildung.)

III. Die Theorie des psychischen Zwangs. P. J. A. Feuerbach Antihobbes 1798 S. 210; Ders. Revision der Grundbegr. 1799

S. 19; Ders. Ueber die Strafe als Sicherungsmittel u. s. w. 1800 S. 92; Ders. Lehrbuch § 8.

Rechtsverletzungen jeder Art widersprechen dem Staatszwecke, mithin ist es schlechthin nothwendig, daß im Staat gar keine Rechtsverletzungen geschehen. Der Staat ist also berechtigt und verbunden, sie unmöglich zu machen. Die hierzu geforderten Anstalten müssen Zwangsanstalten sein. Der physische zuvorkommende und nachfolgende Zwang reicht nicht hin zur Verhinderung der Rechtsverletzungen überhaupt. Denn der zuvorkommende Zwang ist nur möglich unter der Voraussetzung von Thatsachen, aus denen der Staat mindestens ihre Wahrscheinlichkeit erkennt; nachfolgender Zwang nur unter der Voraussetzung solcher Rechtsverletzungen, deren Gegenstand ein ersetzliches Gut ist. Darum muß zum psychologischen Zwang gegriffen werden. Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit. Dieser sinnliche Antrieb wird dadurch aufgehoben, daß jeder weiß, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nichtbefriedigten Antrieb zur That entspringt. Damit nun die allgemeine Ueberzeugung von der nothwendigen Verbindung solcher Uebel mit Beleidigungen begründet werde, so muß ein Gesetz dieselben als nothwendige Folgen der That bestimmen (gesetzliche Drohung). Und damit die Realität jenes gesetzlich bestimmten idealen Zusammenhangs in der Vorstellung Aller begründet werde, muß jener ursachliche Zusammenhang auch in der Wirklichkeit erscheinen (Vollstreckung, Execution). Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang. Der Zweck der Androhung der Strafe im Gesetze ist Abschreckung Aller als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen. Der Zweck der Zufügung derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung; inwiefern ohne sie die Drohung leer (unwirksam) sein würde. Mittelbarer Zweck (Endzweck) der Zufügung ist also ebenfalls bloße Abschreckung der Bürger durch das Gesetz. Der Rechtsgrund der Androhung der Strafe ist das Zusammenbestehen derselben mit der rechtlichen Freiheit der Bedrohten, sowie

die Nothwendigkeit, die Rechte Aller zu sichern der Grund ist, welcher die Verbindlichkeit des Staats zu Strafdrohungen begründet. Der Rechtsgrund der Zufügung ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes. Jede rechtliche Strafe im Staate ist also die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äußerer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes. Daher nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali.

Kritik: 1. Die Grundanschauung über das Recht und das Verbrechen als Rechtsverletzung ist verfehlt.

2. Die Behauptung, daß durch Strafdrohung psychischer Zwang geübt werden könne, ist in ihrer Allgemeinheit unrichtig. Falsch ist dabei die Voraussetzung, daß alle Verbrechen auf sog. sinnlichen Triebfedern beruhen. Praktisch widerlegt wird die Zwangstheorie durch jedes trotz der Strafdrohung verübte Verbrechen, so daß aus jedem solchen für den Staat die Verbindlichkeit zu schärferer Strafdrohung entstehen müßte, was zuletzt zu einer Gleichstellung aller Verbrechen und einem sich selbst vernichtenden Terrorismus führen würde. (Vergebens suchte F., persönlich nichts weniger als ein Terrorist, dieser Consequenz die Spitze abzubrechen, indem er im Widerspruch mit sich selbst die Größe der Strafbarkeit von der Größe der Gefahr abhängig machen wollte und dabei die Wichtigkeit der gefährdeten Rechte mit zur Richtschnur nahm. Der „psychologische Zwang“ kann sich nur nach der Stärke der „sinnlichen Antriebe“ zum Verbrechen bestimmen.)

3. Von besonderem Werth ist die Betonung des Gesetzes als nothwendiger Grundlage des staatlichen Strafrechts, obwohl freilich der Nachweis des Rechtsgrundes für die Strafdrohung und Vollstreckung nicht frei von Erschleichung ist.

Bauers „Warnungstheorie“ (Bauer Die Warnungstheorie 1830; Ders. Abhandlungen aus dem Strafrecht 1840 I S. 1) läuft trotz einzelner Ansätze zu richtigerer Betrachtung in eine unbefriedigende inconsequente Abschwächung der Feuerbach'schen Theorie aus.

IV. Die Vertheidigungs-Theorien. Insbesondere die Theorie Bindings und der Schule Lombrosos.

Romagnosi stellte in seiner Genesi del diritto penale 1791 (übersetzt und mit einer Einleitung versehen von Luden unter dem Titel: Romagnosi Genesis des Strafrechts 1833) die Strafe als Abwehr zukünftiger Verletzungen auf, welche vom Verbrecher oder Anderen begangen werden könnten. Im Naturzustand hört das Recht der Abwehr mit dem Augenblick des Angriffs auf, im Zustand der Gesellschaft aber erwächst aus der Straflosigkeit des Angreifers eine neue Gefahr für den Angegriffenen und alle Anderen, die Gefahr der Wiederholung und Nachahmung des Verbrechens, gegen welche die Strafe sich wendet. „Um jedem Gottlosen Furcht einzuflößen, damit er in Zukunft die Gesellschaft nicht angreife, das ist der einzige gerechte Zweck der Strafe“ (§ 395). „Der einzige Zweck der Strafe ist, die Gesellschaft vor Verbrechen zu bewahren“ (§ 401).

Aehnlich Martin Lehrb. des gem. teutschen Criminalrechts 2. Aufl., S. 24. Da alle Menschen durch das Sittengesetz verpflichtet sind, in einem Staat zu leben, so läßt sich das Recht der Staaten zu existieren nicht bezweifeln. Mit diesem Recht ist ihnen auch das Selbsterhaltungsrecht gegeben, also die Befugniß, sich gegen widerrechtliche Angriffe zu schützen. Da nun jedes Verbrechen eine Gefahr für das Fortbestehen des Staates veranlaßt, so hat der Staat das Recht, durch Strafen jene Gefahr abzuwenden als ein Recht der Nothwehr. Genauer: Das Verbrechen erschüttert das Ansehen der Gesetze, durch die Strafe muß dieses Ansehen allgemein (bei dem Verbrecher und den übrigen Staatsbürgern) wieder befestigt werden.

Daß diese Auffassung, indem sie Nothwehr und Strafe vermengt, im Allgemeinen zur Abschreckungstheorie zurückführt, leuchtet ein.

Merkwürdigerweise haben aber zwei in der neuesten Zeit aufgestellte, himmelweit von einander verschiedene Theorien, ihren gemeinsamen Vereinigungspunkt in der alten Vertheidigungs- oder Nothwehrtheorie, nämlich die Theorie Bindings einerseits, die naturalistische Theorie Lombrosos und seiner Schule andererseits.

Binding (Das Problem der Strafe in Grünhuts Zeitschr. IV S. 417 und Grundr. S. 108) meint: Da das Delict Rechtsbruch ist, erzeugt es das Recht des Staates auf Strafe, welches nichts ist, als ein verwandeltes Recht auf Gehorsam, und darauf geht, von dem Delinquenten Genugthuung zu fordern. Aber damit ist noch nicht die Pflicht des Staates zu strafen begründet. Der Staat darf vielmehr nur dann ein Uebel (wie die Bestrafung es für ihn ist) auf sich nehmen, wenn er dadurch ein größeres Uebel vermeidet. Nun kann die Nichtbestrafung als Uebel nur unter zwei Gesichtspunkten erscheinen. Der erste wäre die Gefährlichkeit des Verbrechers, allein diese zwingt wohl den Staat zu Polizeimaßregeln für die Zukunft, aber nicht zur Strafe. In der Persönlichkeit des Verbrechers liegt also der Zwang zur Strafe nicht. Ist diese aber nichts anderes als das staatsseitig geltend gemachte Recht auf Achtung vor dem Gesetze, so kann die unterlassene Strafverfolgung nur wegen unterlassener Geltendmachung der Gesetze als ein Uebel erscheinen. Die Strafe ist also der Ausdruck und das Maß des Interesses, welches der Staat an der Befolgung der einzelnen Gesetze hat. Soweit dauernde Straflosigkeit die Autorität eines Gesetzes mehr abschwächen würde, als dieses ertragen kann, soweit ist für den Staat die Strafpflicht begründet. Die Strafe ist also das geltend gemachte Recht auf die Befolgung der staatlichen Normen behufs nothwendiger Bewährung der Autorität der verletzten Gesetze. Nicht Abschreckung ist Zweck der Strafe, sie soll nicht abschrecken und kann es nicht. Vielmehr soll sie die Vorstellung von der Heiligkeit und Unverbrüchlichkeit der mit ihr ausgestatteten (?) Pflichten begründen und aufrecht halten und so darauf hinwirken, daß sich die größtmögliche Anzahl von Menschen aus eigener besserer Einsicht dazu bestimme, jenen Pflichten conform zu leben, also statt verbrecherische Pläne zu fassen, sich der Autorität der Gesetze zu beugen.

Hiergegen ist zu bemerken:

1. Wie so sich das Recht auf Gehorsam in ein Recht auf Bestrafung umwandeln könne, ist nicht nachgewiesen. Zu Grunde liegt diesem Gedanken eine Theorie der Staatsomnipotenz, welche

wieder der schroffen Lostrennung des Rechts von der Sittlichkeit ihren Ursprung verdankt. Nicht der Ungehorsam ist der Grund für die Strafwürdigkeit eines Verhaltens, nicht diese rein formale Seite des Verhaltens, welche bei jedem (bewußten) Ungehorsam gleich ist und daher zu der Gleichstellung aller Verbrechensarten bezugs ihrer allgemeinen Strafwürdigkeit führen müßte — Grund der Strafwürdigkeit ist vielmehr der materielle Inhalt eines menschlichen Verhaltens, die Richtung desselben gegen menschliche Güter, also ihr Charakter als Uebelthat.

2. Nicht minder führt die Behauptung, daß Strafzweck die Bewährung der Autorität der verletzten Gesetze sei, zur Gleichstellung aller Verbrechensarten, da sie alle in sich eine Verletzung dieser Autorität enthalten. Auf einem Umweg trachtet Binding diese Consequenz zu beseitigen, indem er als Strafmaß das Maß des Interesses aufstellt, welches der Staat an Befolgung seiner Gesetze hat. Aber nicht weil der Staat ein außerordentliches Interesse an Befolgung des gegen Tödtung gerichteten Gesetzes hat, ist die höchste Strafe hier die angemessene, d. h. gerechte, sondern weil das Leben ein unvergleichlich hohes Gut ist und die Machthaber handeln ungerecht, welche durch unverhältnißmäßige Strafdrohungen (auf Grund unrichtiger Abschätzung der Güter bezw. Uebel) eine falsche Staatsraison zur Geltung bringen. Gewiß ist die Strafe factisch ein Ausdruck für das Maß des Interesses, welches der Staat an Befolgung seiner Gesetze hat, allein das Interesse, welches der Staat hieran nimmt, deckt sich nicht einmal immer mit dem wahren Staatsinteresse, mit dem was man vom Staate mit Fug erwarten und verlangen könnte, geschweige mit der Gerechtigkeit der Bestrafung. Wenn der Staat ein höheres Interesse an der Verhütung der Tödtung eines Thieres zeigt als an der Verhütung der Tödtung eines Mannes aus dem gemeinen Volk und daher jene strenger verpönt als diese, so wird in der Form des Gesetzes die Ungerechtigkeit statt der Gerechtigkeit gehandhabt.

3. In Wirklichkeit läuft die Binding'sche Theorie auf eine Rechtssicherungstheorie (mit allerdings origineller Begründung) hinaus, die neben ihrer angedeuteten Verwandtschaft mit der

Vertheidigungstheorie Martins (welcher zufolge die Strafe den Zweck hat, das Ansehen der Gesetze zu befestigen) auch so wie diese verwandt ist mit denjenigen Theorien, welche die s. g. „bürgerliche Gerechtigkeit" zur Grundlage haben. Daß die Strafe nicht abschrecken könne, wie Binding behauptet, ist nicht richtig; man darf ihre abschreckende Kraft weder über- noch unterschätzen. Durch Abschreckung wird doch immer die vielfach sehr precäre erziehende Einwirkung der Strafe auf das Volk, welche Binding allein betont, verstärkt werden.

4. Zu rügen ist die einseitige Betonung des Sicherungszweckes neben eben so einseitiger Verwerfung des Besserungszweckes der Strafe und der Widerspruch in der Auffassung der Strafe als einer Genugthuung, deren Maß sich aber richtet nicht nach dem Geschehenen für das Genugthuung gefordert wird, sondern nach einem mit dem Verbrechen nicht in directer Beziehung stehenden Staatsinteresse.

In ganz anderer Weise als Binding nähern sich den Anhängern der Vertheidigungstheorie die Anschauungen der Naturalisten, welche es in Italien zu einer förmlichen „criminalanthropologischen" Schule gebracht haben. Die bedeutendsten hierhergehörigen Schriftsteller sind Lombroso (L'uomo delinquente 1. Aufl. 1876, 2. Aufl. 1878), Ferri (La teoria dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio 1876, ders. La scuola positiva di diritto criminale 1883) und Garofalo (Di un criterio positivo della penalità 1880). (Einer verwandten Richtung gehört in Deutschland z. B. E. Kräpelin an. S. dessen Schrift, die Abschaffung des Strafmaßes 1880. — Ueber die italienischen Criminalanthropologen s. Lombroso in der Zeitschr. I S. 108, III S. 457, Brusa ebenda I S. 144. Ferner Brusa La morale e il dir. crim. al limbo 1880, Buccellati Il nihilismo e la ragione del diritto penale 1882. Recht deutlich zeigt sich der Vereinigungspunkt mit den Vertheidigungstheorien, wenn Garofalo bei Bestimmung der Schwere der Verbrechen auf Romagnosi zurückgeht, oder wenn Lombroso geradezu sagt, daß das Strafrecht nicht auf Vergeltung, sondern „nur auf Nothwehr der menschlichen Gesellschaft beruht" (Zeitschr. III S. 470), oder

wenn Ferri dasselbe durch die Nothwendigkeit und Berechtigung der socialen Vertheidigung gegen antisociale Handlungen begründet (ebenso wie Kräpelin — deßgleichen Willert in der Zeitschr. II S. 473 — das Verbrechen als gemeingefährliche Handlung, die Strafe als Schutzmittel dagegen ansieht).

Offenbar ist diese neue Schule viel consequenter als jene älteren Sicherungstheorien waren, welche sehr schön von der Freiheit des menschlichen Willens redeten und dennoch die Strafe nur als ein Sicherungs- (Abschreckungs- oder Vertheidigungs-) mittel auffaßten. Von der Negation der ethischen Verantwortlichkeit und von der pathologischen Auffassung des Verbrechens ausgehend kann man nur zu dem Schluß gelangen, daß die Strafe die Bedeutung eines Schutzmittels gegen gefährliche Menschen habe und dann ist es auch consequent mit Kräpelin, die Feststellung eines bestimmten Strafmaßes bei der Verurtheilung für völlig sinnlos zu erklären. Ueber die richtigen Heilmittel der „Krankheit", deren Symptom das Verbrechen ist, mögen dann die Ansichten auseinander gehen. Kräpelin ist für verhältnißmäßig milde „Bestrafung", Lombroso und Garofalo vertreten zum Theil rücksichtslos die Forderungen des Sicherungszwecks. Das ist Sache des Temperaments oder der verschiedenen Anschauungen über Aetiologie und Therapie. Die Gerechtigkeit wird dabei natürlicherweise zur Nebensache, das Strafrecht verwandelt sich in eine medizinisch-polizeiliche Disciplin. Gerechtigkeit ist nichts als eine leere Redensart, ein falscher Ausdruck für die Vertheidigung der Gesellschaft (eine impropriétà di linguaggio sagt Garofalo, l. c. p. 55). Daß die Maßstäbe für die „Bestrafung" willkürliche sind, versteht sich. Garofalo unterscheidet vier Klassen von Verbrechen: 1. Sehr schwere (gravissimi), bei denen der Rückfall absolut unmöglich gemacht werden muß (durch Selection des Verbrechers, welcher darwinistische Ausdruck dann bei v. Liszt wiederkehrt). 2. Leichte von Gewohnheitsverbrechern begangene Verbrechen, bei denen der Rückfall durch Specialprävention „wenig wahrscheinlich" gemacht werden muß. 3. Schwere (gravi) Verbrechen, deren Thäter nicht Gewohnheitsverbrecher sind, deren Nachahmung man (durch Generalprävention) weniger wahrscheinlich zu machen hat. 4. Leichte

Verbrechen, deren Thäter nicht Gewohnheitsverbrecher sind, bei welchen die Strafe ein Besserungsexperiment sein soll. Wie wenig sich aber die Eintheilung in schwere (oder schwerste? s. den Widerspruch zwischen 1. und 3.) und leichte Verbrechen präcisieren läßt, liegt auf der Hand (s. das unten § 21 über die Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen Bemerkte). Daß die unter 2. erwähnten „leichten" Verbrechen doch schwerer bestraft werden, als die unter 3. fallenden „schweren", daß bei den letzteren, wo es sich um ein Gegengewicht (eine controspinta) gegen den Reiz zur Nachahmung handelt, Garofalo ebenfalls in den alten Widerspruch verfällt, die Größe dieses Gegengewichts gegen Antriebe zu künftigen Verbrechen nach der Schwere des begangenen Verbrechens abstufen zu wollen (eine unwillkürliche Ehrenbezeigung gegen die Idee der Gerechtigkeit!), daß Besserungsversuche auch bei vielen schweren, aber weder bei allen schweren, noch gerade vorzugsweise bei den unter 4. fallenden leichten Verbrechen am Platz sind, — das Alles bedarf keines eingehenden Beweises. Gegen falschen Idealismus und Indeterminismus haben die „Criminalanthropologen" allerdings gewonnenes Spiel und ihre Bestrebungen sind dankenswerth, soweit sie auf genaue Erforschung der physiologischen bezw. pathologischen Einflüsse auch das Zustandekommen von Verbrechen hinarbeiten. Die Neigung zu vorschnellen Inductionen theilen sie mit einer Anzahl neuester Naturforscher.

V. Die Vergütungstheorien. (Erstattungs- oder Ersatztheorien.) Klein Grundsätze des peinl. Rechts 1796 § 6. Schneider Noch einige Worte über das Princip der Strafe 1806. Welcker Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813. Ders. Die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie und Methodologie 1829 S. 573.

Trotz des scheinbaren Gegensatzes zu den (bisher betrachteten) „Verhütungstheorien" sind diese Theorien in ihrem Grundgedanken Sicherungstheorien. Dieser ist nämlich folgender: So wie Wiederaufhebung des durch eine Rechtsverletzung entstandenen materiellen Schadens (ein) Gegenstand des Civilrechts ist, so ist Wiederaufhebung des mit jener verknüpften in-

tellectuellen Schadens Gegenstand des Criminalrechts. Klein definiert diesen „Schaden“ als den durch Begehung eines Verbrechens in Andern erzeugten Reiz, ebenfalls ein Verbrechen zu begehen. Dieser Reiz zur Nachahmung muß durch die Strafe zerstört werden. Mit anderen Worten: Alle „Bürger“ als mögliche Verbrecher sollen durch die Strafe abgeschreckt werden.

Consequenterweise müßte sich dann die Größe und Art der Strafe nach Größe und Art der verbrecherischen Reize bestimmen, welche in Anderen durch das Verbrechen entstehen. Wie mißt man diese Reize? Und müßte dann nicht die Strafe sich kehren gegen diese Anderen, die Nichtverbrecher? — Ein Verbrechen, welches allgemeine Abscheu erregte, dürfte gar nicht gestraft werden u. s. w.

Welcker hat die Theorie feiner entwickelt und den Besserungszweck mit hereingezogen. Auch bei dem Verbrecher selbst offenbare das Verbrechen einen „intellectuellen“ Schaden, (Mangel rechtlichen Willens, Mangel der Achtung moralischer Würde u. s. w.). So erhält er sieben Strafzwecke! Er nähert sich der Theorie der „bürgerlichen Gerechtigkeit“, welche unter dem Schein einer absoluten Theorie einen haltlosen Eklekticismus lehrt.

§ 5. B. Besserungstheorien.

/

Stelzer Critik über den v. Egger'schen Entwurf eines peinl. Gesetzb. für die Herzogth. Schleswig und Holstein 1811 S. 4. Groos Der Skepticismus in der Freiheitslehre 1830. Röder Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe 1846; Ders. Grundzüge des Naturrechts, 2. Aufl. II (1863) S. 163; Ders. Strafvollzug im Geiste des Rechts 1863; Ders. Besserungsstrafe und Besserungsstrafanstalten als Rechtsforderung 1864; Ders. Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe 1867. Ahrens Naturrecht oder Rechtsphil. 6. Aufl. 1871 II S. 448. Silvela Il derecho penal I 1874 p. 60, 249.

Die Strafe ist diesen Theorien zufolge „Nacherziehung“ (den Ausdruck braucht schon Groos, der von einem „religiösen Determinismus“ ausgeht, während die Krauseaner Röder und Ahrens Indeterministen sind. (Stelzers „juridische Besserung“

bleibt auf halbem Weg stehen). Der Rechtsgrund der Strafe sei der unsittliche, äußerlich erkennbare Wille, der mit der Rechtsordnung unverträglich ist, Rechtszweck: Die Wiederaufhebung dieses Willens in seinen Gründen. Wer sich des vollen Gebrauchs äußerer Freiheit unfähig erwiesen hat, ist als ein in dieser Hinsicht Unmündiger, der Nacherziehung Bedürftiger zu betrachten, so lange, bis er wieder zur Freiheit befähigt d. h. gebessert ist. Das Strafurtheil kann also auf kein bestimmtes Strafmaß lauten (Todesstrafe ist verwerflich) oder muß mindestens durch ein späteres zweites Urtheil berichtigt werden, welches den Verbrecher aus der Haft befreit, sobald er sich gebessert hat. Ahrens nennt zwar „Wiederherstellung der gestörten Rechtsordnung" den Strafzweck, allein neben mannigfachen Anklängen an Welcker finden wir bei ihm doch als Hauptzweck vor Allem die durch Besserung des Verbrechers zu errichtende Wiederherstellung der Rechtsordnung betont. (Aehnlich auch Silvela.)

Diese Erhebung eines nur unter gewissen Voraussetzungen, bei weitem nicht bezugs aller Verbrechen und Verbrecher zu verfolgenden Zwecks der Bestrafung zum Princip der Strafe stellt die Sache nicht minder auf den Kopf, wie die Theorie, welche in den Verbrechen nur die „gefährliche" Handlung, im Verbrecher den „gefährlichen" Menschen ins Auge fassen. Das größte Verbrechen muß ohne Strafe bleiben, wenn sich der Verbrecher, ehe er entdeckt wird, gebessert hat. Das Strafurtheil kann stets nur auf einen Besserungsversuch lauten (Haft auf unbestimmte Zeit, als Versuch der Nacherziehung) und Recht und bürgerliche Freiheit werden so dem trügerischen Ermessen der Nacherziehungsbehörden überliefert. Lebenslange Haft wird den treffen, der diesem Ermessen zufolge nicht gebessert ist, weil er in seinem geringfügigen Verbrechen die behauptete Unvereinbarkeit mit den Grundlagen der Rechtsordnung nicht erkennen will. Soll die Strafe auch Besserungsexperiment bei politischen Verbrechen, Verbrechen in Bezug auf die Religion u. s. w. sein, so schlägt sie in Despotismus und Ketzerrichterei um. Und wie steht es mit polizeiwidrigen Handlungen?! — Warum soll das Gut der Nacherziehung (daß die Strafe ein Uebel sei, bekämpft ja Röder aufs

heftigste) also eine Wohlthat, eine Belohnung gerade dem Verbrecher zu Theil werden? Allgemeine Staatserziehung wäre da doch consequenter!

In unseren gemeinrechtlichen Quellen heißt es freilich einmal (l. 20 D. de poenis): poena constituitur in emendationem hominum, womit Paullus aber nur den Satz begründet: Si poena alicui irrogatur, receptum est commentitio jure', ne ad heredes transeat. Ulpian redet in l. 9 § 3 D. de off. proc. von emendare aut verbis aut fustium castigatione. Vgl. Art. 142 der P. G. O.: „vnd daß fürther die straff an leib leben oder aber zu buß und beßerung erkant werd". A. 158: „Wer aber der dieb eyn solche ansehenliche person, dabei sich beßerung zu uerhoffen mag jn der richter . . . . burgerlich vnnd also straffen" u. s. w.

§ 6. C. Absolute Theorien.

Der Gedanke, daß die Strafe gerechte Vergeltung sei, wurzelt so tief in der ethischen Natur der Menschen, daß die historischen Zeugnisse für denselben unabsehbar zahllos sind. Die ältesten Urkunden der Religionen und die Anfänge des Philosophierens über menschliche Dinge begegnen sich hierin. Hier sei erinnert an die Pythagoräer, an Aeschylos u. A.

H. Grotius hat leider seinen Satz, daß die Strafe ein Malum passionis, quod infligitur propter malum actionis (de j. belli ac pacis II 20 n. 1 vgl. proleg. 8: poenae inter homines meritum) ebensowenig zu Ende gedacht, wie Leibniz trotz vereinzelter vortrefflicher Andeutungen in der Theodicee (namentlich I 73) über den rapport de convenance, qui contente non seulement l'offensé, mais encore les Sages qui la voient comme une belle musique ou bien une bonne architecture contente les esprits bien faits ebenfalls den Eklekticismus (und den Eudaimonismus) nicht überwinden konnte, der seine Ethik zu einem widerspruchsvollen Ganzen macht.

Mit Energie und Selbständigkeit proclamiert Kant die absolute Theorie (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1. Aufl. 1797, 2. Aufl. 1798 Anhang 5 zu § 42. — Werke herausg. v.

Rosenkranz und Schubert IX. 138 — und Anmerk. E. zu § 49. — Werke S. 180.)

Richterliche Strafe, sagt Kant, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum über ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und, wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vortheil, den es verspricht, ihn von der Strafe oder auch nur in einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: „es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe“; denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, daß Menschen auf Erden leben .... Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Princip und Richtmaß macht? Kein anderes, als das Princip der Gleichheit (im Stande des Zügleins an der Wage der Gerechtigkeit) .... Also: was für unverschuldetes Uebel Du einem Anderen im Volke zufügst, das thust Du Dir selbst an. Beschimpfst Du ihn, so beschimpfst Du Dich selbst; bestiehlst Du ihn, so bestiehlst Du Dich selbst; schlägst Du ihn, so schlägst Du Dich selbst; tödtest Du ihn, so tödtest Du Dich selbst. Nur das Wiedervergeltungsrecht (jus talionis) aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaturtheile), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben.

Während so Kant die Unabhängigkeit des Princips der Strafe von dem des Rechts richtig eingesehen hat, indem er jene freilich in falscher Formulierung auf einen kategorischen Imperativ zurückführt, verleitet ihn eine falsche Auffassung der Gleichheit zur Talionstheorie, welche er durch merkwürdige Künsteleien (s. namentlich IX S. 182) durchführbar zu machen sucht, wobei er auch vor barbarischen Strafmitteln nicht zurückschreckt (s. S. 139).

Den relativen Werth der Strafzwecke übersieht Kant gänzlich.

Verhängnißvoll war es nicht minder, daß Kant in einem anderen Zusammenhange, wo er das Nothrecht bespricht, (a. a. O. S. 39) die Unstrafbarkeit desjenigen, der auf Kosten eines fremden Lebens sein eigenes rettet, damit begründet, daß er sagt: „Denn die durchs Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer sein, als die des Verlustes des Lebens ... Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Uebel, das noch ungewiß ist .... kann die Furcht vor dem Uebel, was gewiß ist .... nicht überwiegen.“ Damit hat Kant im Widerspruch mit seinem Wiedervergeltungsprincip, implicite den Satz aufgestellt: Strafdrohungen haben den Zweck von Verbrechen abzuschrecken, und wenn dieser Zweck nicht erreicht werden kann, muß Strafdrohung (und Strafe) unterbleiben! Eine willkommene Stütze für die Anhänger der Sicherungstheorien.

In einer barocken gekünstelten Weise hat sodann K. S. Zachariä Anfangsgründe des philos. Criminalrechts § 42 fast nur auf Grundlage eines Wortspiels eine Talionstheorie aufgestellt, während Henke zwischen Vergeltung, Besserung und „bürgerlicher Gerechtigkeit“ hin und her schwankte.

Als eine dialektische Nothwendigkeit sucht Hegel (Grundl. der Philos. des Rechts 1. Ausg. 1821; 2. Ausg. 1840 § 82; Werke VIII S. 123) die Strafe zu begründen. Dabei legt er eine ganz verfehlte Dreitheilung des Unrechts, in unbefangenes Unrecht, Betrug, „Zwang und Verbrechen“ zu Grunde. In Folge eines der Wortspiele, wie sie bei ihm gewöhnlich sind, meint er, der Zwang als Aeußerung eines Willens, welche die Aeußerung eines Willens (das Recht) aufhebe, zerstöre sich in seinem Begriff selbst, sei in sich nichtig, welche Nichtigkeit die reelle Darstellung darin findet, daß Zwang durch Zwang aufgehoben wird. Der zweite Zwang ist als Aufheben des ersten also nicht bloß bedingt rechtlich, sondern nothwendig. Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist also an sich gerecht und auch ein Recht an dem Verbrecher selbst, d. i. in seiner Handlung gesetzt, denn in seiner, als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß durch sie ein Gesetz

aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also, als unter sein Recht subsumiert werden darf. Das Aufheben des Verbrechens ist insoferne Wiedervergeltung, als sie dem Begriff nach Verletzung der Verletzung ist. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die Gleichheit in der specifischen, sondern in der an sich seienden Beschaffenheit der Verletzung — nach dem Werthe derselben. Wenn nun bei der Vergeltung nicht auf specifische Gleichheit gesehen werden kann, so ist dieß doch anders beim Morde, worauf nothwendig die Todesstrafe steht (weil es für das Leben keinen Werth gibt).

Kritik. Die Lehre von der Strafe als der Vernichtung des an sich nichtigen Unrechts leistet etwas Ueberflüssiges. Wenn das Unrecht sich selbst zerstört und vernichtet, so bedarf man nicht erst der Strafe zu solcher Vernichtung. Höchstens könnte es nothwendig werden, feierlich durch ein „Strafurtheil" allgemein bekannt zu machen, daß ein Unrecht, d. h. eine nichtige Handlung begangen worden sei. Das Unrecht ist aber nun vielmehr wirklich, hat eine positive Existenz, und kann nicht „vernichtet", als Geschehenes nicht ungeschehen gemacht werden.

Hegels Schüler suchten seine Dreitheilung des Unrechts in eine etwas plausiblere Form zu bringen (womit aber kein großes Glück zu machen war) und insbesondere den (relativen) Strafzwecken, welche Hegel mit der souveränen Verachtung des Begriffsphilosophen bei Seite geschoben hatte, größere Beachtung zu schenken, was freilich zum Theil auf Kosten des Gerechtigkeitsprincips selber geschah. So schon bei Abegg Die verschiedenen Strafrechtstheorien S. 8 und Heffter Lehrb. § 109.

Aber auch Berner §§ 28—31, obwohl er betont, daß die Strafe die Qualität gerechter Vergeltung an sich trage, durch ein Mehr zur Rache (?) durch ein Weniger zur Connivenz, in beiden Fällen also zur Ungerechtigkeit würde, hat, sich anlehnend an die unrichtige Auffassung der praktischen Tugenden, wie sie sich bei Aristoteles findet, den sehr bedenklichen Satz aufgestellt, daß das Quantum des von der Gerechtigkeit geforderten Leidens zwischen einem Minimum und Maximum liege, so daß Gesetzgeber und Richter immer noch der Gerechtigkeit genügen, so lange sie

die Strafe innerhalb dieser Grenzpunkte vermehren oder vermindern, so daß Besserungs- und Abschreckungszweck auf solche Mehrung oder Minderung Einfluß haben sollen. So ist in ähnlicher Weise wie zum Theil bei den Theorien der bürgerlichen Gerechtigkeit die Gerechtigkeit nur als regulatives nicht als constitutives Princip anerkannt. Zu einem richtigeren Ergebniß (nicht auf richtigem Weg) gelangt Köstlin System I S. 386 (s. namentlich die §§ 116, 119, 124).

Hälschner hat sich immer mehr von der Hegel'schen Anschauung emancipirt und zuletzt im Handb. (S. 3 u. 558) eine sehr fein ausgeführte Theorie der rechtlichen Vergeltung aufgestellt. Als charakteristisch für dieselbe können hier nur ein paar Sätze hervorgehoben werden. „Die Gerechtigkeit kann von dem, was sie fordert, nicht irgend etwas in Rücksicht auf nützliche Zwecke nachlassen und ebensowenig kann innerhalb gewisser Grenzen ein Mehr oder Weniger der Strafe gleich sehr der Gerechtigkeit entsprechen, so daß ein Spielraum entstünde, innerhalb dessen nur die Nützlichkeit über das Strafmaß entschiede" (S. 565). „Durch die Strafe soll freilich vergolten werden, was der Schuldige verbrochen hat, aber es handelt sich dabei weder darum, der göttlichen Gerechtigkeit vorgreifend (?) sittliche Vergeltung zu üben, noch auch darum, dem Verbrecher das gleiche Maß von Uebel zuzufügen, das er dem Andern zufügte, um damit dem Rachegefühl des Verletzten die entsprechende Genugthuung zu gewähren, sondern allein darum, daß der rechtliche Werth des Verbrechens in der Strafe seinen entsprechenden, das Verbrechen tilgenden Ausdruck finde" (S. 566). „Die Forderung (aber), die im Betreff des Strafmaßes zu stellen ist, geht dahin, daß der Strafzwang für den Verbrecher den gleichen Werth habe, wie der verbrecherische Zwang für die Gesellschaft, den Staat, daß das Maß, in welchem der Zwang empfunden wird, auf beiden Seiten gleich sei" (S. 568). „Endlich kann es nicht bloß darauf ankommen, den verhältnißmäßigen Werth der Verbrechen einerseits und der Strafen andererseits zu bestimmen, der Verbrechensscala eine Strafscala gegenüber zu stellen, um zu bewirken, daß jedes Verbrechen in dem richtigen Verhältnisse zu anderen gestraft werde, denn damit bleibt die

Frage, nach welcher Norm die Strafmittel festzustellen sind, unbeantwortet ..... Die Aufstellung einer Strafscala fordert die Beantwortung .... auch der Frage, welche Arten der Rechtsentziehung, welche Strafarten .... als im gerechten Verhältniß zu dem betreffenden Verbrechen stehend zu betrachten sind" (S. 569).

Andere haben der absoluten Theorie eine theologisierende Wendung gegeben. So namentlich J. F. Stahl Die Philosophie des Rechts. 4. Aufl. II 1, S. 160; II 2, S. 681. Die Gerechtigkeit hat, wie er ausführt, ihren Ursprung in der höchsten Persönlichkeit, sie setzt ein Reich voraus, d. h. die Herrschaft eines persönlichen Willens über Persönlichkeiten. Die Strafgerechtigkeit ist, wie das Reich des Staats im Ganzen, zwar nur etwas Aeußerliches. Allein diese äußere Strafgerechtigkeit kann ihrem Wesen nach keine andere sein als die Strafgerechtigkeit überhaupt, also auch die innere (göttliche) Strafgerechtigkeit. Sie ist ihrem Gedanken nach die Herstellung des Reiches, d. i. der Herrlichkeit, der sittlichen Macht des Staats durch die Vernichtung oder das Leiden dessen, der sich wider sie empört hat. Denn durch das Verbrechen macht sich der Verbrecher zu einem Herrn über den Staat, ... deßhalb muß die höhere Macht des Staats sich an ihm bewähren, ... sie muß ihn vertilgen oder sonst ihre Schwere empfinden lassen. Nicht das Gesetz soll durch die Strafe aufrechterhalten oder wieder hergestellt werden; das wäre unmöglich, sondern die Herrlichkeit des Staats.

Es wird also gestraft um der Gerechtigkeit willen. Aber die Strafe ist auch nicht Wiedervergeltung im gewöhnlichen Sinne, denn sie besteht nicht, damit der Uebelthäter das wieder erfahre, was er dem Staat zugefügt, sondern damit sein Wille nicht die Herrschaft behaupte. Der Staat straft nicht die Sünde, sondern das Verbrechen. Zu dieser rechtlichen Strafe ist der Staat befugt und verpflichtet, weil es seine von Gott ihm gesetzte Bestimmung ist, die äußere ethische Ordnung auf Erden zu hand hben. Des Staates Strafgerechtigkeit umfaßt nichts anderes als die Verletzungen der äußeren Ordnung Gottes auf Erden, sie dient mittelbar zur größeren Verherrlichung Gottes, Gott wird durch sie nicht in ihm selbst und dem Reich seiner Heiligkeit verherrlicht, sondern nur in seiner irdischen Ordnung und Anstalt.

(Aehnlich schon Jarcke Handb. des gem. d. Strafr. I 1827 S. 240, v. Linck Ueber das Naturrecht unserer Zeit als Grundl. der Strafrechtstheorien 1829. — An Stahl schließen sich an J. Bekker Theorie des h. Strafr. I 27, 77. Walter, Jurist. Encyclop. §§ 311, 322, 324; Ders. Naturrecht u. Politik § 409. S. über Stahl's Theologisieren überhaupt. Chr. A. Thilo Die theologisierende Rechts- u. Staatslehre 1861 S. 284.)

Widerspruchsvoll und sophistisch, wie kaum eine andere Theorie! An die Stelle des Beweises treten mystische Behauptungen. Der Staat als „Reich Gottes auf Erden" ist eine Redensart, welche zur Ironie gegenüber den offenbaren Mängeln und Gebrechen der wirklichen Staaten herausfordert. Wird der Verbrecher als Rebell gegen die göttliche Ordnung betrachtet und unter Umständen die Pflicht ihn zu „vertilgen" als von Gott auferlegte Pflicht verkündigt, so führt das zu der maßlosen Härte, welche die Theokratie charakterisiert und welche besonders bedenklich wird bei der weiten Ausdehnung, welche Stahl dem Gebiet der Zwangsnormen (bez. der Rechtsnormen, denn beides ist ihm fälschlicherweise dasselbe) gibt./

Aber auch wenn man das Verbrechen nicht als Abfall von der göttlichen Ordnung, sondern als Abfall von der Civilisation auffaßt, kommt man zu Uebertreibungen. Bei weitem nicht jedes Verbrechen (im weiteren Sinne) ist ein solcher Abfall. Und gerade derselbe Schriftsteller (Heinze in H. H. I S. 321), welcher jene Auffassung vom Verbrechen hat, will doch wieder den Begriff des Uebels, weil er kein „Rechtsbegriff" sei, nicht dulden (gebraucht ihn freilich selber z. B. S. 327), will, daß auf den „sittlichen" Werth der Handlung bei der Strafe nicht gesehen werde, und, identificiert so zuletzt die „Civilisation" mit der Rechtsordnung. Im Uebrigen hat Heinze seine Theorie zum Theil auf die eigenthümliche Fortbildung der Fichteschen Abbüßungstheorie, wie sie sich bei Fries findet, begründet. Darnach erscheint die Strafe als eine Leistung an den Staat, durch welche Wiedereinsetzung in die Rechtsgleichheit erkauft wird, aber kann man diese z. B. durch Geld erkaufen? oder durch Absitzen einer Freiheitsstrafe? Und wird der Abfall von der Civilisation ausgeglichen durch Zahlung einer Geldstrafe?

Ueber A. Merkel, dessen anfangs mehr idealistisch angelegte Anschauungen sich allmälig immer naturalistischer gestaltet haben, ohne daß der Prozeß als ein abgeschlossener erscheint, s. Heinze a. a. O. S. 313. Die neueste Entwicklungsphase bezeichnet Merkels Aufsatz „über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft" (Zeitschr. I S. 553).

Ueber v. Bars „Theorie der sittlichen Mißbilligung (Reprobation)" vgl. Krit. V. J. Schrift für Rechtsw. N. F. V S. 429. Ueber H. Meyers Auffassung der Strafgerechtigkeit eb. S. 440 und N. F. VI S. 432.

Im schroffen Gegensatz zu den oben erwähnten theologisierenden Anschauungen stehen die Theorien, welche die s. g. „bürgerliche Gerechtigkeit" wenn auch nicht immer unter diesem Namen als Grundlage der Strafe betrachten. (Hieher gehören z. B. Rossi, Hepp, Mittermaier, Ortolan.) Der Gedankengang ist bei ihnen ungefähr folgender: Göttliche oder sittliche Gerechtigkeit zu üben kann nicht Sache des Staates sein, er übt vielmehr bürgerliche Gerechtigkeit, indem er die bürgerliche, nicht die sittliche Verfehlung zum Gegenstand seiner Reaction macht. Er darf dabei die Schranken der Gerechtigkeit nicht überschreiten (d. h. keine strengere Strafe als die gerechte, verdiente, verhängen). Dagegen werden neben diese negative Regel als positive hingestellt: 1. Die Nothwendigkeit der Strafe, insoferne kein gelinderes Mittel hinreicht zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung. 2. Die Rechtfertigung der Strafe durch den ebengenannten Zweck, so daß (bürgerlich) gerecht die Strafe ist, welche dem Zwecke der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung d. h. also dem Sicherungszweck entspricht.*)

Hier erscheint nun ganz deutlich die Gerechtigkeit als bloß limitatives Princip, ja als bloße Verbrämung einer Sicherungstheorie. Denn jene angebliche Schranke ist nicht nur an sich in

*) Im Wesentlichen gehört auch v. Wächter Beil. S. 46 hieher. Die Anlehnung an Welcker führt bei ihm zur deutlichen Herausgestaltung des Eklekticismus.

ganz unvollkommener Weise errichtet, da nicht bloß eine zu strenge sondern auch eine zu milde Strafe ungerecht ist, sondern wird noch überdieß dadurch illusorisch gemacht, daß sie nach der eigenen Auffassung der fraglichen Schriftsteller gar nicht aufzufinden ist, denn auf die Handhabung der sittlichen Gerechtigkeit muß ihnen zufolge der Staat vor Allem darum verzichten, weil diese Gerechtigkeit für Menschen nicht zu erkennen und darum auch nicht zu verwirklichen ist.

So finden wir eine Menge haltloser Vermittlungsversuche (s. g. gemischte Theorien). Leider hat auch Herbart von ähnlicher Vermischung sich nicht frei gehalten, da er das Strafen um zu vergelten mit der allerdings sittlich verwerflichen aus Uebelwollen entspringenden Zufügung eines Uebels verwechselt hat (Allg. prakt. Philos. I. Buch 9. Cap. S. 209 — Werke VIII S. 85). Hierauf fortbauend und sich namentlich an Feuerbach anlehnend, kam Unterholzner (Jurist. Abhandlungen 1810: zweite Abhandlung S. 197) zu einem dreifachen obersten Princip der Strafe: Billigkeit (Vergeltung), Recht, Wohlwollen, also zu einer unrichtigen Gleichsetzung der Strafzwecke mit dem Princip der Strafe. Die Schule Herbarts, namentlich Hartenstein, Allihn, Thilo, Ziller, haben auf die richtige Bahn zurückgelenkt. Man vgl. auch die Ausführungen in der Zeitschr. für Völkerpsychologie u. Sprachw. von Lazarus I S. 437, II S. 393, III S. 1, von Flügel XII S. 125, 451.

Die neueren Schriftsteller, welche das Verbrechen und die Strafe als „social-ethische" Erscheinung auffassen, ohne dabei in die Einseitigkeit der criminal-anthropologischen Schule zu verfallen, (Jellinek, Die social-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 1878, v. Liszt in der Zeitschr. III S. 1) stehen nicht unbedingt in principiellem Gegensatz zu der Herbart'schen Schule. In ihr allein, speciell in der „Völkerpsychologie" findet z. B. Jellinek S. 37 „einen consequenten Ansatz zur Socialethik", soweit „die jetzt in Deutschland herrschenden philosophischen Schulen in Betracht kommen". Wenn er daneben z. B. A. Comte nennt, so muß er doch zugeben, daß sich bei diesem „zahlreiche und schwer wiegende Irrthümer" finden.

Die „Socialethik“ aber, insbesondere der Einfluß der gesellschaftlichen Zustände auf den Begriff des Verbrechens und damit zusammenhängend die Beantwortung der Frage: in wie weit soll und darf der Staat die Vergeltung von Uebelthaten in die Hand nehmen? und der weiteren Frage: in welcher Weise, mit welchen Mitteln kann und soll er die Vergeltung ausüben? — das Alles gehört nach richtiger vom Einfachen zum Zusammengesetzteren und Complicierteren fortschreitender Methode nicht in die der Einleitung des strafrechtlichen Systems zufallende Strafrechtstheorie, sondern die Antwort auf die erste Frage muß im System selber an der Spitze der Lehre vom Verbrechen, die Antwort auf die zweite Frage am Beginn der Lehre von der Strafe stehen. Daß man mit der „Individualethik“ beginnen müsse, gesteht Jellinek S. 16 zu, wenn er sagt: „Die Socialethik wird jedoch in gewissem Sinne auch beim Individuum anfangen müssen. Will sie sich nämlich nicht in luftige Speculationen verlieren, welche, obschon auf dem scheinbar so festen Boden naturwissenschaftlicher Hypothesen ruhend, den vielverlästerten Auswüchsen der idealistischen Philosophie in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts wenig nachstehen, so muß sie bei dem Menschen anfangen, der seinen körperlichen und geistigen Anlagen nach bereits als solcher erscheint, mag er immerhin das Product einer langen Vorzeit waltender Naturkraft sein.“ Aber freilich meint er damit den Urmenschen und verwechselt die Entwicklungsgeschichte mit der Ethik. Bei aller Opposition gegen die Vergeltungstheorie gelangt er dennoch zu einem Ergebniß, welches in der Hauptsache der richtig aufgefaßten Gerechtigkeit entspricht, wenn er (freilich zu eng) S. 116 definiert: „Die vom Staate(?) gegen den Urheber eines Unrechts(?) vorgenommenen Handlungen, durch welche die durch das Unrecht hervorgerufenen schädlichen socialpsychologischen (?) Erscheinungen ausgeglichen werden sollen, das ist die Strafe.“ Mit anderen anspruchsvolleren Worten ist hier nur (aber speciell nur für die staatliche Strafe) dasselbe gesagt, was wir mit der Vergeltung, als der Ausgleichung der Störungen, welche das Verbrechen in den Willenssphären Anderer (nicht bloß des Verletzten) hervorgerufen hat, meinen.

Bedenklicher ist die Ausführung v. Liszts a. a. O., welcher, sich der Einsicht verschließend, daß Strafe um zu vergelten, eine Zweckthätigkeit ist, ein „völliges Gebundensein der Strafgewalt durch den Zweckgedanken“ als Ideal der strafenden Gerechtigkeit hinstellt (S. 31) und daraus die Folgerung zieht, nur die „nothwendige“ Strafe sei gerecht, womit nicht eine sittliche Nothwendigkeit gemeint ist, sondern die Unentbehrlichkeit der Strafe zur Erreichung der künstlichen Anpassung des Verbrechers an die Gesellschaft (Besserung, Abschreckung) oder zur „künstlichen Selection“ (Unschädlichmachung) des nicht besserungsfähigen Verbrechers. Daß so die „Gerechtigkeit“ zum äußeren Aufputz herabsinken muß und die Theorie sich in die Nothwehrtheorien einreiht, ist klar. „Die Schutzstrafe ist die Vergeltungsstrafe“ heißt es darum S. 43. Wie sich damit der richtige Satz verträgt, daß das Maß der Vergeltung sich „nur nach der That des Thäters“ richten kann (S. 44), oder die Erklärung: Die richtige Fragestellung sei: „was hat dieser Dieb, dieser Mörder, dieser falsche Zeuge, dieser Frauenschänder verdient,“ (ebenda) — ist nicht einzusehen. Um ein beliebtes Wort der Neuerer zu gebrauchen: Mit elementarer Gewalt bricht sich trotz aller „Zwecktheorien“ der Gedanke immer wieder von Neuem Bahn: Die Gerechtigkeit fordert Strafe und eine ungerechte Strafe ist das Zerrbild der wahren Strafe!

§ 7. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Strafrechts.

I. Allgemeines.

Henke Grundriß einer Geschichte des d. peinl. Rechts u. der peinl. Rechtswissenschaft 2 Bde. 1809. Tittmann Gesch. der deutschen Strafgesetze 1832. Roßhirt Gesch. und System des d. Strafrechts I—III 1838, 1839. Du Boys Histoire du droit crim. des peuples anciens 1845. Id. Hist. du droit crim. des p. modernes etc. 5 tom. 1854—74. Köstlin Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß, herausg. von Geßler 1859. Geib Lehrb. I 1861. H. H. I S. 3 (v. Holtzendorff). S. Mayer Gesch. des deutschen Strafrechts von Moses bis auf

die Gegenwart 1876. Berner § 39. Meyer S. 19. v. Wächter Beilagen I S. 56; Strafrecht S. 27. v. Bar I S. 3. Vgl. auch Tissot Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde etc. 2. Ed. 1880 2 tom. (Darüber Krit. VJSchr. N. F. IV S. 582.) Ferner die Materialiensammlung in Posts Werken. (Der Ursprung des Rechts 1876 S. 87, 103. Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens 1878 S. 172. Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft 2 Bde. 1880, 1881, namentlich Bd. I S. 137.) R. Löning Ueber geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des d. Strafrechts — Zeitschr. III S. 219.

Dem staatlichen Strafrecht geht geschichtlich die familienhafte Rache (Blutrache der Geschlechtsgenossenschaften) voran. Andererseits religiöse (sacrale, theokratische) Gesichtspunkte. Verwandtschaft von Strafe, Sühne, Opfer.

Der fortschreitenden Entwicklung der staatlichen Bildungen entsprechend umfaßt das staatliche Strafrecht zuerst einen sehr engen Kreis, eng wie der Kreis der als gemeinsam anerkannten Interessen überhaupt. Nach und nach Verdrängung des Strafrechts der Familie wie anderer Gemeinschaften durch den Staat. Bei hochsteigender Cultur sterben die Strafen nicht ab, wie Manche meinen. Im Gegentheil, je mannigfaltiger die Güter werden, welche die wachsende Kultur schafft, desto mannigfaltiger werden auch die verbrecherischen Angriffe auf diese Güter. Darum allerdings ein Absterben der barbarischen und der den Zeitanschauungen überhaupt nicht entsprechenden Strafen, sowie Absterben einzelner nicht mehr als Uebel für die Gemeinschaft angesehener Verbrechen (namentlich solcher, die nicht „Rechtsverletzungen" sind). Dafür aber ein feinmaschiges Netz von Strafbestimmungen und eine immer mehr anwachsende Menge von Verbrechensarten, namentlich geringfügiger Verbrechensarten, polizeiwidriger Handlungen u. dgl.

§ 8. II. Das römische Strafrecht.

Außer der zum Theil hierher gehörigen Litteratur zum vorigen § siehe Jarcke Versuch einer Darstellung des censor. Strafrechts

der Römer 1824. Köstlin Die Lehre von Mord und Todtschlag I 1838 (Das altrömische Parricidium). Osenbrüggen Das altrömische Paricidium 1840. Geib Geschichte des röm. Criminalprocesses 1842. Platner Quaestiones de jure criminum Romano 1842. Rein Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian 1844. v. Holtzendorff Die Deportationsstrafe im röm. Alterthum 1859. Mommsen Römisches Staatsrecht 3. Auflage 1879, 1880. Thonissen Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens, 2 tom. 1869. Zumpt Das Criminalrecht der römischen Republik, 2 Bde. in 4 Abtheilungen 1865—1869 (enthält meist criminalprozessuales). Pernice M., Antistius Labeo I 1873 S. 206; II 1878 S. 1—74, 231—255, 372—393, 420—438. Voigt Die XII Tafeln 1883 Bd. I S. 374, Bd. II S. 516, 781.

Richtig bemerkt Binding S. 5: „Die Geschichte des römischen Strafrechts ist kein Theil der Geschichte des deutschen Strafrechts, denn in diese trat das römische Strafrecht in der anscheinend abgeschlossenen Form ein, welche es in der Justinianischen Rechtssammlung erhalten hatte. Nur muß allerdings zum Verständnisse des Justinianischen Rechts vielfach auf die römische Rechtsgeschichte zurückgegriffen werden."

Drei Perioden. 1. Bis zur ersten Einsetzung einer quaestio perpetua durch die l. Calpurnia de pecuniis repetundis 605 der Stadt (149 v. Chr.). 2. Die Blüthezeit der quaestiones perpetuae bis in die zweite Hälfte des ersten Jahrhunderts v. Chr. 3. Die spätere Zeit.

Erste Periode. Auf das Racherecht weisen in den Zwölftafeln hin: Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto (Bruns Fontes jur. rom. antiqui ed. 3 (1876) p. 25 n. 2). Si nox furtum faxsit, si im occisit, jure caesus esto (Bruns p. 27 n. 12).

Sacrales Recht (vgl. Voigt I S. 486.) Angebliche lex Numae: Pellex aram Junonis ne tangito; si tanget, Junoni crinibus demissis agnum feminam caedito (Bruns p. 7 n. 2); Festus v. Termino: Numam statuisse accepimus eum qui terminum exarasset et ipsum et boves sacros esse. Festus v. Plorare

(Gesetz des Serv. Tullius): Si parentem puer verberit aste olle plorassit, puer divis parentum sacer esto. Zwölftafelgesetz: Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto (Bruns p. 29 n. 1).

Sacralen Ursprungs sind die Worte supplicium, castigare und luere (poenam). Aber dennoch ruht das ältere römische Strafrecht nicht auf theokratischer Grundlage. „Die Handlungen, welche für den Schuldigen den Zustand des Sacer begründen, berühren vielmehr wesentlich das Interesse der Familie, des Gemeinwesens" (v. Bar S. 6). Eine Ausnahme macht die Unzucht der Vestalinnen.

Nur wenige Verbrechensarten. Paricidium, perduellio. Angebliche l. Numae: Si qui hominem liberum dolo (malo? Voigt II S. 794) sciens morti duit, paricidas esto (Bruns p. 9 n. 12). Perduellio ist arge Feindschaft gegen das Gemeinwesen, Hoch- und Landesverrath. Aber die mannigfaltigsten Handlungen können diesen Charakter der Staatsfeindlichkeit annehmen (Tödtung der Schwester seitens des Horatiers Livius I 26 —). Duumviri perduellionum. (Litt. bei Voigt II S. 788. Knitschky Das Verbr. des Hochverraths 1874.

S. noch in den zwölf Tafeln: Qui malum carmen incantassit .... Manu fustive si os fregit libero CCC (si) servo, CL poenam subito. Si injuriam faxsit viginti quinque poenae sunto. Qui fruges excantassit .... Neve alienam segetem pellexeris .... Vgl. Voigt II S. 784 (vierzehn Criminaldelicte zur Zeit der Zwölftafeln).

Censur. — Väterliche Gewalt. — Dictatur.

Zweite Periode. Leges judiciorum publicorum, zugleich materiell- und formellrechtlichen Inhalts.

Hervorragend die leges Corneliae (von Sulla), l. Pompejae, leges Juliae Caesaris und leges Juliae Augusti.

L. Fabia (oder Favia) de plagiariis (D. 48, 15, Cod. 9, 20). Lex Cornelia de sicariis et veneficis (D. 48, 8; Cod. 9, 19; s. Sanio Observ. ad leg. Cornel. de sicariis 1827). L. Cornelia testamentaria nummaria (später l. Corn. de falsis genannt D. 48, 10, Cod. 9, 22). L. Cornelia de injuriis. L. Cornelia majestatis. L. Pompeja de parricidiis (D. 48, 9; C. 9, 17). Lex Julia (Caesaris) repetundarum (D. 48, 11, C. 9, 27); vgl. Voigt I S. 255. Lex Julia (Caes.) Majestatis (D. 48, 4, C. 9, 8). Lex Julia (Caes.)

de vi (708 der Stadt), beseitigt durch die lex Julia (Augusti) de vi publica et privata (D. 48, 6 u. 7, C. 9, 12). L. Julia Majestatis (D. 48, 4, C. 9, 8). L. Julia de adulteriis (D. 48, 5, C. 9, 9) u. s. w. Die meisten Gesetze haben vorwiegend den Charakter von Gelegenheitsgesetzen. Keine vollständige innere Uebereinstimmung in den leitenden Grundsätzen. Vorwiegende Berücksichtigung der politischen Verhältnisse.

Ergänzungen des öffentlichen Strafrechts durch das Privatstrafrecht. Delicta privata. Actio furti (manifesti, nec manifesti), a. v. bonorum raptorum, a. de incendio, ruina naufragio, rate nave expugnata, a. injuriarum aestimatoria, actio sepulchri violati (in allen diesen Fällen lag später auch ein crimen extraordinarium vor und der Kläger hatte die Wahl zwischen actio und accusatio); a. ex lege Aquilia u. s. w.

Popularklagen, s. namentlich jetzt Brinz Pand. 2. Aufl. I S. 281 ff.

Dritte Periode. Neben die crimina legitima treten die crimina extraordinaria, welche durch Senatusconsulte oder kaiserliche Constitutionen geschaffen sind und in einer extraordinaria cognitio zur richterlichen Beurtheilung kommen. In dieser ist die poena nicht, wie die „legitima" eine absolute, sondern die Richter haben das Recht der Strafzumessung. (Ulpian in l. 13 D. de poenis: Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem, ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat. Cl. Saturninus in l. 16 D. eod. pr. Aut facta puniuntur, ... aut dicta, ... aut scripta, ... aut consilia. l. 1. Sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis: caussa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu). Allmälig verwandelt sich alles Strafverfahren in eine extraordinaria cognitio, indem die quaestiones perpetuae gegen Ende des ersten christlichen Jahrhunderts so gut wie ganz verschwinden (Spuren noch unter Septimius Severus im Anfang des 3. Jahrhunderts). Gegen einzelne crimina extraordinaria wird more Provinciarum eine coercitio inquisitorischer Art zugelassen (s. l. 9 und 10 D. de extraord. crim. — vgl. Binding S. 9 und 15).

Zu den crim. extraordin. gehören namentlich eine Anzahl Vermögensverletzungen, wie: crimen abigeatus D. 47, 14, C. 9, 37); das Verbrechen der fures balnearii, effractores und expilatores, der saccularii, der directarii; das crimen concussionis (D. 47, 13), endlich das crimen stellionatus (D. 47, 20, C. 9, 84) als subsidiäres Vermögensverbrechen, so daß die accusatio stellionatus mit der actio doli in Parallele gestellt wird. S. Ulpian in l. 3 § .1 h. t: ..... quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio ..... Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet. Weiterhin die termini motio (D. 47, 21), der Skopelismus (l. 9 D. de extr. crim.), das crimen receptatorum (D. 47, 16, C. 9, 39), das crimen raptus (l. un C. 9, 13, N. 123, c. 43; Nov. 143 und 150), die abactio partus (l. 4 D. de extr. crim.), das crimen dardanariorum (Vertheuerung von Lebensmitteln durch Ankauf und Aufspeicherung, l. 6 eod. l. 37 D. de poenis), Befreiung von Gefangenen (l. 1 pr. D. de effract., l. 12, 14 D. de custodia reorum), Theilnahme an collegia illicita (T. D. de collegiis et corporibus). Calumnia, tergiversatio und praevaricatio im Quästionenproceß waren crimina publica, kamen sie bei einer cognitio extraordinaria vor crimina extraordinaria (s. T. D. de calumniatoribus, de praevaricatione, T. D. ad S. C. Turpillianum et de abolitionibus criminum); Blasphemie, Ketzerei und Apostasie (T. Cod. 1, 5; 1, 7; 1, 8; 1, 11; Nov. 132). —

In den Justinianischen Rechtsbüchern findet sich Strafrecht hauptsächlich an folgenden Stellen: Jnst. IV tit. 1, 5 (Privatdelicte) und t. 18 (de publicis judiciis). Dig. 3, 6 (de calumniatoribus), 9, 2 (ad leg. Aquiliam), 43, 16 (de vi et vi armata), 47 und 48 (die beiden Bücher, von welchen Justinian in der Const. Tanta — d. h. der l. 2 C. de vetere jure enucleando — § 8 sagt: duo terribiles libri positi sunt pro delictis privatis et extraordinariis, nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarumque atrocitatem). Cod. 6, 2 (de furt. et servo corr.); L. 9 (entsprechend dem L. 9 des Cod. Theod.). Nov. 12, 14, 77, 117, 123 c. 40, 124, 132,

134, 141 (nicht glossiert), 142 (ebenso), 143, 150, 153 (nicht glossiert). —

Die Strafen sind in dem späteren, insbesondere dem justinianischen Recht, zwar meist nicht absolut bestimmt, aber trotzdem härter als die zumeist milden absoluten poenae legitimae waren. S. darüber namentlich Dande De capitis poenis jure Justinianeo 1871. Es gab Capital- und Nicht-Capitalstrafe. Die ersteren sind alle jene, welche mindestens eine capitis deminutio media bewirken. Hieher gehören also die Strafen, welche die civitas und damit alle auf jus civile beruhenden Rechte entziehen, wie deportatio und opus publicum perpetuum. Ferner die Strafen, welche cap. dem. maxima bewirken, so daß der Verbrecher servus poenae wird (auch nichts erwerben kann, da er keinen Herrn hat), wie die damnatio in metalla (wieder zerfallend in die schwerere poena metalli und die leichtere poena operis metalli, und (bis sie Constantin aufhob), die damnatio ad ludum venatorium und ad ludum gladiatorium (oder ad gladium s. ferrum) endlich die Todesstrafen (einfache capitis amputatio, decollatio, gladii poena; damnatio ad bestias; d. ad furcam (nachdem angeblich Constantin die Kreuzigung aufgehoben, an deren Stelle gesetzt); vivicrematio; poena culei (für das parricidium).

Unter den Nichtcapitalstrafen kommen vor: 1. Leibesstrafen, wie das Abhauen einer Hand (Nov. 134 c. 13), Flagellatio für Sklaven (gesteigert bis zum supplicium plumbatarum l. 40 C. de decur.) und fustigatio für humiliores oder „tenuiores“ (s. l. 28 § 2 D. de poenis). 2. Freiheitsstrafen: zeitliche Zwangsarbeitsstrafe (damnatio in opus publicum, in ministerium metallicorum, in salinas u. s. w.) lebenslängliche oder zeitliche relegatio besonders in der Form der relegatio in insulam); einfaches Gefängniß (vincula, carcer, custodia), Hausarrest (l. 9 D. de interd. et releg.: Potest Praeses quendam damnare, ne domo sua procedat). 3. Vermögensstrafen: gänzliche oder theilweise Confiscation des Vermögens, Confiscation einzelner Gegenstände, der Werkzeuge des Verbrechens und der scelere quaesita oder acquisita; Geldstrafen mulctae, poenae pecuniariae

4. Ehrenstrafen: Infamie, Intestabilität (Unfähigkeit, Solennitätszeuge zu sein, als Rechtsfolge beim lib. famosus), Unfähigkeit zur Bekleidung von honores, Ausstoßung aus einem höheren Stand, Untersagung der Ausübung der Advocatur, des Notariates oder eines Gewerbes. — Der Verweis kommt in l. 3 § 1 D. de off. praef. vig. vor.

Der s. g. subjective Charakter des römischen Strafrechts der zweiten und dritten Periode. Paullus Rec. sent. V, 23, 3: Consilium uniuscujusque non factum perniendum est. L. 1 § 3 ad leg. Corn. de sicar: Divus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse; et qui hominem, non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum, et ex re constituendum hoc .... L. 7 eod.: In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur .... L. 14: Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus. (Vgl. l. 3 eod. pr.: Ejusdem legis Corneliae de sicariis et veneficis capite quinto, qui venenum necandi hominis caussa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit, plectitur. § 1: Ejusdem legis poena afficitur, qui in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominis necandi caussa habuerit.) L. 5 pr. C. ad leg. Jul. maj.: Eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt.

§ 9. III. Das kanonische Strafrecht.

Litteratur außer dem zu § 7 Angeführten: Dove Untersuchungen über die Sendgerichte (Zeitschr. für d. Recht 19 S. 321). München Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht, 2 Bde. 1865, 1866. — Waitz Deutsche Verfassungsgesch. 2. Aufl. Bd. III u. IV. — Richter Lehrb. des kath. und evang. Kirchenrechts 7. Aufl., bearb. von Dove 1874 § 212. — E. Löning Geschichte des D. Kirchenrechts 1878 ff. (bisher 2 Bände). — Katz Ein Grundriß des kanon. Strafrechts 1881.

Verschiedener Charakter des kirchlichen Strafrechts in der früheren Zeit und in den späteren Zeiten der Verweltlichung. Bußordnungen (Bußen als freiwillige Bethätigung der Reue, um den Ausschluß aus der Kirche abzuwenden).

Später besonderes Strafrecht für Geistliche und für Laien. 1. Delicta ecclesiastica: Apostasie, Ketzerei, Schisma, Simonie. 2. Del. mere saecularia (Asylrecht, beneficium clericale). 3. Del. mixta: Zauberei, Gotteslästerung, Sacrilegium, Meineid; Ehebruch, Incest, Sodomie; Zinswucher von Christen begangen.

Poenae medicinales und vindicativae. Neben den besonderen Strafen für Geistliche (Irregularität, privatio beneficii, depositio, degradatio) im Allgemeinen: Gefängniß, Geldbuße, Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses, körperliche Züchtigung, selbst Brandmarkung und Talion; der Todesstrafe aber steht die Kirche bis ins spätere Mittelalter nicht freundlich gegenüber (ecclesia abhorret a sanguine, non sitit sanguinem).

Die Vermengung von Verbrechen und Sünde wird vom kirchlichen Recht nie vollständig überwunden. Daher, zum Theil mit Anlehnung an das römische Recht, eine falsche Gleichsetzung von Gesinnung und That, so z. B. c. 15 de poenit: ... Licet gladio non occidat, voluntate tamen interfecit... c. 21 eod.: Ex consilio autem velut ex facto aliquem teneri Augustinus probat.

Wohlthätige Einwirkungen des kanonischen Rechts durch diese Betonung des subjectiven Elements der Verbrechen gegenüber der vorwiegenden „Objectivität“ des deutschen Rechts, durch die Einschärfung der obrigkeitlichen Pflicht, Strafrechtspflege zu üben, durch die Gleichstellung der Angehörigen aller Stände (freilich mit dem tiefgreifenden Unterschied zwischen Geistlichen und Laien!) gegenüber dem Feudalwesen, und aller, auch der nicht dem Inland angehörigen Christen (aber freilich nur der rechtgläubigen Christen, nicht der Ketzer, oder gar der Juden, Saracenen und Heiden). Unter dem Einfluß des kanonischen Rechts wurden Verbrechensbegriffe neu geschaffen oder zum Bessern umgestaltet wie z. B. die Aussetzung von Kindern und sonstigen hülflosen Personen.

Die ärgsten Ausartungen traten ein durch die Einsetzung von ständigen Ketzergerichten seit dem 13. Jahrhundert (inquisitio

haereticae pravitatis vgl. Biener Zur Gesch. des Inquisitionsprocesses 1827 S. 60 Dove Art. Inquisition in Bluntschli und Brater Staatswörterbuch V). Dazu kam die Uebertreibung des Inquisitionsprinzips im Strafverfahren überhaupt und die ungeheuerliche Construction des crimen laesae majestatis divinae als eines delictum exceptum (nicht bloß Ketzerei, auch Zauberei, Hexerei, Gotteslästerung gehören dahin). Endlich der Ablaßkram, eine Caricatur der alten Bußordnungen.

Im Corpus juris canonici handeln vom Strafrecht hauptsächlich: Decr. Grat. P. I Dict. 3 c. 4, Dict. 25 c. 3, 33, 40, 55, 81. P. II; C. I qu. 1—6; C. II qu. 1—5; C. III—VI; C. XIV qu. 5, 6; C. XVII qu. 4 c. 3—36; C. XXXII qu. 2, 4, 5, 7; C. XXXV qu. 1—10; C. XXXVI. Decret Greg. IX Lib. II t. 20 c. 10, 13, 14, 45. Lib. III tit. 15—20, 49. Lib. IV tit. 4 und 19. Lib. 5. Ebenso Lib. V im Lib. Sextus, in den Clementinen und den Extrav. Communes; in den Extrav. Joh. XXII tit. 8—13. S. auch Concil. Trid. Sess. 13, 14, 24, 25.

§ 10. IV. Das deutsche Strafrecht. 1. Bis zur peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl des Fünften.

Litteratur außer dem zum § 7 Angeführten: Grimm Deutsche Rechtsalterthümer 2. Aufl. 1854. Wilda Das Strafrecht der Germanen 1842. v. Wächter Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Gesch. des d. Strafrechts 1845. Hälschner Das preußische Strafrecht. 1. Theil: Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts 1855. John Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher I 1858. Osenbrüggen Das alamanische Strafrecht im Mittelalter 1860. Ders. Das Strafrecht der Langobarden 1863. Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen 2. Abtheil. 1860, 1864. v. Amira Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren 1874. R. Löning Der Vertragsbruch im deutschen Recht 1876. Dahn Westgoth. Studien 1874. Ders. Fehdegang und Rechtsgang der Germanen 1877. Schierlinger Die Friedensbürgschaft 1877. Allfeld Die Entwicklung der Begriffe von Mord und Todtschlag bis zur Carolina

1877. Frauenstädt Blutrache und Todtschlagsühne im deutschen Mittelalter 1881. Kluckhohn Geschichte des Gottesfriedens 1857. Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. I—VI. Sickel Geschichte der deutschen Staatsverfassung Abth. I. Der deutsche Freistaat 1879.

1. Theokratische Elemente im ältesten Staatsrecht. Tacitus Germ. c. 7: ceterum neque animadvertere neque vincire, ne verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in poenam nec ducis jussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt. L. Fris. addit. sap. XX, (vgl. v. Amira Ueber Zweck und Mittel der german. Rechtsgesch. 1876 S. 57, und andererseits v. Bar N. 242 zu S. 53).

2. Häusliche Gerichtsbarkeit s. Tac. Germ. c. 19.

3. Racherecht des Verletzten und seiner Sippe; nur bei Verbrechen, die sich unmittelbar gegen das Gemeinwesen richten, öffentliche Strafe. Tac. Germ. c. 12: Licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere, distinctio poenarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt; ignavos et imbelles et corpore infames caeno ac palude, injecta super crate, mergunt. Ueber die Rache c. 21: Suscipere tam inimicitias seu patris, seu propinqui quam amicitias necesse est; nec inplacabiles durant; luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecudum numero recipitque satisfactionem universa domus .... S. ferner in c. 12: ... sed et levioribus delictis pro modo poena: equorum pecorumque numero convicti multantur, pars multae regi vel civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis ejus exsolvitur ....

Rachimburgi, die die Rache bergen d. h. beilegen? (R. Löning). — Friedlosigkeit und Friedensgeld.

4. In den Volksrechten eingehende Bestimmungen über Bußen (compositiones). Insbesondere die Buße bei der Tödtung, Wergeld (Werigilt, Weregildum, Leudus, Leudis, manbote, goth. vair = vir, Manngeld), abgestuft nach dem Stande des Getödteten. Für Frauen bald höheres Wergeld, bald nur halb so großes. Friedensgeld, fredus, fredum, ein Einkaufgeld in den Frieden? (Vgl. v. Bar S. 55, der darin nur eine Gebühr für die Ver-

mittlung des Friedens sieht). Zusammenhang mit der Friedlosigkeit. Allgemeiner und besonderer Friede (Ding-, Heer-, Hausfriede, gebotener Friede).

5. Der sog. „objective“ Standpunkt des älteren germanischen Rechts, d. h. die vorwiegende Berücksichtigung des Erfolgs der Uebelthat unter ungenügender Berücksichtigung der Willensrichtung. Indessen finden sich doch Ansätze zu psychologischer und ethischer Würdigung der Verbrechen, wie z. B. L. Salica 24, 5: Si vero puer infra 12 annos aliqua culpa commiserit, fretus ei nullatenus requiratur. Insbesondere der Gegensatz von heimlichen (unehrlichen) und offenen (ehrlichen) Thaten.

6. Das fränkische Amtsrecht und die fränkische Königsgewalt. Zusammenwirken von Staat und Kirche, häufigere Androhung von Todesstrafe unter den Merowingern; dagegen wieder ein theilweises Zurückweichen der öffentlichen Strafe. Polizeiliche Maßregeln. Bannus regius — Königsfriede. Nach und nach wird das Compositionensystem untergraben durch das Umsichgreifen der Vermögensungleichheit und der Unfreiheit.

7. In der Feudalzeit immer mehr Zersplitterung des Volks in abgeschlossene Stände, für welche praktisch verschiedenes Recht galt. Die Fehde wird zum Vorrecht der Herren und Ritter,*) auf dem Land pflanzt sich das Recht in Dorf- und Klosterweisthümern fort. Eigenthümliche Entwicklung in den Städten durch die Stadtrechte. Landfrieden und Gottesfrieden. Hand- oder gelobter Friede. Mit den geänderten Verhältnissen neue Verbrechensbegriffe: der Verrath in seiner lehenrechtlichen Bedeutung u. s. w., Hausfriedensbruch. In den Städten: Fälschungen und Betrug, Marktpolizei. Terroristischer Uebergang von Compositionen zu barbarischen Leibesstrafen (Verstümmelungen, Stäupung, Brandmarkung u. s. w.) und zu (einfachen und verschärften) Todesstrafen. Von einer irgend erheblichen Anwendung der Freiheitsstrafen konnte keine Rede sein.

---

*) Ueber das Fehderecht vgl. Hälschner Syst. des preuß. Strafr. II S. 22 und andererseits v. Wächter Beil. S. 77, 89.

8. Gegensatz von Sachsenspiegel und Schwabenspiegel. Namentlich in jenem der „objective“ Standpunkt noch immer ungebührlich überwiegend.

9. In den Städten vielfach energischere, summarische Strafjustiz (auf Grund kaiserlicher Privilegien). Richten auf üblen Leumund. Hier vorzugsweise fieng auch das römisch-kanonische Recht an einzuwirken.

10. Neues Erwachen der Strafrechtswissenschaft in Italien. Rolandinus de Romanciis († 1284 in Bologna) schrieb ein verloren gegangenes Buch: De ordine maleficiorum. — Alb. Gandinus oder de Gandino, der magnus practicus, verfaßte in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts einen Tractatus de maleficiis. Weiter: das dritte Buch des Speculum judiciale von Durantis (vor 1276). Petr. de Ferrariis Practica um 1400. Angelus Aretinus (oder de Aretio) de Gambilionibus Tractatus de maleficiis um 1437. Bonifacius de Vitalinis Tractatus super maleficiis kurz nach Angelus Aretinus. Auch Bartolus und Baldus sind zu nennen.

11. In Deutschland bietet das 15. Jahrhundert das Bild einer trüben Gährung von unvermittelt einander entgegengesetzten Bestrebungen. Das alte Rechts- und Staatswesen geht einer theilweisen Auflösung entgegen; die Kraft zur Fortbildung von innen heraus fehlt. Die Schöffen und das Eindringen des recipierten Rechts. Von Rechtswissenschaft kann kaum gesprochen werden. „Der richterlich Clagspiegel“, verfaßt wahrscheinlich am Anfang des 15. Jahrhunderts, zuerst im letzten Viertel desselben gedruckt, durch Sebastian Brant 1516 „wider durchsichtiget vnnd zum teyl gebessert“. Der zweite der beiden Tractate des Buchs enthält Criminalrecht und -Proceß, ersteres hauptsächlich nach der Summa des Azo (s. Stobbe II S. 167. Stintzing Die populäre Litt. des römisch-kanon. Rechts in D. am Ende des 15. u. am Anfang des 16. Jahrh. 1867 S. 335; Ders. Gesch. der deutschen Rechtswiss. I 1880 S. 43, 93). Der „Layenspiegel. Von rechtmässigen ordnungen inn Burgerlichen vnnd Peinlichen Regimenten“ Ulrich Tenglers, zuerst 1509 (?), dann 1511 und oft. Der dritte Theil enthält Strafrecht und Proceß, wobei der

Klagspiegel und die Bambergensis benutzt sind (Stintzing Gesch. d. d. R. I S. 85). Errichtung des Reichskammergerichts. Ewiger Landfriede.

§ 11. 2) Entstehungsgeschichte und Inhalt der Peinlichen Gerichtsordnung Karl des Fünften.

Malblanc Gesch. der peinl. Gerichtsordnung K. Karls V. 1783. Herrmann Joh. Freiherr v. Schwarzenberg 1841. Roßhirt N. A. IX S. 234. Hohbach N. A. 1844 S. 233 (über das Correctorium zur Bambergensis). Geib eb. 1845 S. 105, 173 (deßgleichen). S. auch Zöpfl das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina 1839. Seitz Zeitschr. f. Rechtsg. II S. 435. Güterbock Die Entstehungsgeschichte der Carolina 1876. Brunnenmeister Die Quellen der Bambergensis 1879.

1. Particulargesetzgebung am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts. Die Wormser Reformation 1498. Die Tiroler Malefizordnung 1499. (Ueber diese und die folgenden Maximilianischen Halsgerichtsordnungen, s. Wahlberg Ges. kl. Schriften II S. 86 u. Zeitschr. f. Rechtsg. I). Die Ratolphszeller Halsgerichtsordnung von 1506. Die Malefizordnung für Laibach 1514. Die Landgerichtsordnung für Oesterreich unter der Enns 1514. Die Tiroler Ferdinandeische Landesordnung von 1526 (reformirt 1532 und 1573), wenig von der Malefizordnung abweichend.

2. Auf Vorstellung des Reichskammergerichts über die häufigen Klagen, daß Unschuldige zum Tod verurtheilt würden, beschließt der Reichstag zu Freiburg im Br. 1498: „Wirdet not sein, deshalb ein gemein Reformation und Ordnung in dem Reich fürzunemen, wie man in Criminalibus procediren soll.“

3. Schwarzenberg. Landhofmeister des Bischofs von Bamberg. Die Bambergisch Halsgerichtsordnung, zuerst 1507 durch „Hannsen Pfeyll“ in Bamberg gedruckt, dann 1508 dreimal. Zuletzt synoptisch mit der Brandenburgischen H. G. O., den „Projecten“ der P. G. O. und dieser selbst bei Zöpfl (3. Ausg. 1883). Die Brandenburgische Halsgerichts-

ordnung (für die fränkischen Länder der Brandenburger), zuerst gedruckt 1516 zu Nürnberg durch Jobst Gutknecht. — Schwarzenberg als Mitglied des Reichsregiments.

Vier Entwürfe zur P. G. O. a) Der Wormser Entwurf von 1521 auf Grundlage der Bambergensis und des Correctoriums zu derselben. b) Der Nürnberger Entwurf von 1523 (unter Mitwirkung Schwarzenbergs geschaffen). c) Speierer Entwurf von 1529. d) Augsburger Entwurf von 1530. Ueber die Fassung der „Vorrede" kam man in Augsburg nicht zu einer Einigung; diese gelang erst 1532 auf dem Reichstag in Regensburg.

5. Titel des Gesetzes: „Des allerdurchleuchtigsten, großmechtigsten, vnüberwindtlichsten Keyser Karl des fünfften: und des heyligen Römischen Reichs peinlich gerichtsordnung, auff den Reichßtägen zu Augspurgk vnd Regenspurgk, inn jaren dreißig, vnd zwey vnd dreißig gehalten, auffgericht vnd beschlossen." Erste Ausgabe gedr. bei Ivo Schöffer in Mainz, im Hornung 1533.

6. Die Peinl. G. O. soll nach der „Vorrede des peinlichen halßgerichts" hauptsächlich zur Belehrung für die nicht rechtsverständigen Richter dienen und ein „begrieff, wie und welcher gestalt inn peinlichen sachen, vnd rechtfertigungen, dem rechten vnd billicheyt am gemeßten gehandelt werden mag" sein. Sie ist aber nicht bloß Strafproceßordnung. Allerdings handeln A. 1—103 von Strafgerichtsverfassung und Strafverfahren. Aber an die Vorschriften über die Urtheilsfällung schließt sich in den Art. 104—180 eine Anweisung, wie dem Urtheil der richtige materiellrechtliche Inhalt zu geben ist. (Eyn Vorrede, wie man mißthatt peinlich straffen soll). Dann folgen erst wieder (A. 181—219) processuale Vorschriften (besonders wichtig Art. 219 — Erklerung bei wem, vnd an welchen orten rath gesucht werden soll).

7. Ein vollständiges Gesetzbuch will und kann die P. G. O. nicht sein. Salvatorische Clausel am Schluß der Vorrede: „Doch wollen wir durch dise gnedige erinnerung Churfürsten Fürsten vnd Stenden, an jren alten wolherbrachten rechtmessigen vnnd billichen gebreuchen, nichts benommen haben." Verweisungen auf die „gemeinen kaiserlichen Rechte" A. 104, 105, 106, 108 u. a. O.,

auf den „Rath der Rechtsverständigen“ A. 112 u. a. O., auf Gewohnheitsrecht A. 104, 107 u. a. O. Ungleichmäßigkeit der Behandlung. Feststellung und zum Theil eingehende Ausführung wichtiger allgemeiner Grundsätze, namentlich über Nothwehr A. 139—145, über den Versuch A. 178. Ausführlich behandelt sind ferner besonders die Tödtung A. 130—150, 155 und der Diebstahl A. 157—175.

8. Die Strafdrohungen sind meist absolut bestimmt oder absolut unbestimmt (s. Wächter Beil. S. 122). Die Strafen sind peinliche oder bürgerliche. Zu den ersteren gehören: Einfache und verschärfte Todesstrafen, Leibesstrafen, wie Verstümmlungen und körperliche Züchtigung, Freiheitsstrafen (Landes- oder Ortsverweisung, Gefängniß und zwar ewiges oder auf Zeit); Ehrenstrafen: Ehrlosigkeit, Ausstellung am Pranger oder im Halseisen; Vermögensconfiscation nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen, Art. 135, 218. Bürgerliche Strafen sind: Verstrickung, Einziehung einzelner Sachen, Geldstrafen. Vgl. Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 14 § 7, Tit. 17 § 8 und über die spätere Anschauung überhaupt Wächter Beil. S. 126.

§ 12. 3) Das gemeine deutsche Strafrecht seit der P. G. O.

Wächter Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gem. deutsches Strafrecht 1844. Hälschner Gesch. des brandenb. pr. Strafr. S. 96. Levita Gerichtss. 1860 S. 437. Lipowsky Geschichte des Bayerischen Criminalrechts 1803. Schletter Die Constitutionen Kurf. Augusts v. Sachsen v. 1572. 1857. Goßler Der Entw. einer Criminalordnung für Württemb. von 1609. Zeitschr. f. d. R. XX S. 223. Allard Histoire du droit criminel au XVI^eme^ siècle 1868. Stintzing Gesch. der d. d. R. W. I.

1. Reichsrecht. Nur weniges geschah von Reichs wegen für Strafrecht. Reichspolizeiordnungen von 1548, 1577; Landfrieden von 1548; Reichsabsch. von 1555, 1564; Münzordnung von 1559; D. A. von 1571; R. Gutachten von 1668.

2. Particulargesetzgebung. Die P. G. O. wurde zum Theil als Territorialgesetz publiciert wie z. B. in Köln, Lüneburg, Wolfenbüttel, Pommern, Mecklenburg, Solms, Münster, Butzbach; oder als Grundlage des Landesrechts und subsidiäre Rechtsquelle ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, z. B. in Frankfurt, Baden-Baden und Baden-Durlach, Hessen (Philippina oder Hassiaca v. 1535), Steiermark (steirische Carolina 1574), Sachsen, Brandenburg, Württemberg. Insbesondere auch in der Churpfalz (Landrecht von 1582; 5. Theil Malefizordnung; 1606 in der Oberpfalz publiciert — verweist am Schluß auf die P. G. O.). In der bayerischen Malefizprozeßordnung von 1616 (dem letzten Theil der Landrecht-, Polizei-, Gerichts-, Malefiz- u. a. Ordnungen der Fürstenthumben Ober- und Nieder-Bayern) schließt sich das materielle Recht fast überall an die P. G. O. an. Geradezu ignoriert wurde die P. G. O. z. B. in der neuen Ausgabe der Wormser Reformation von 1542, namentlich aber in den österreichischen Ländern (Tirol 1532, 1573, [1603]; Niederösterreich [1514] 1540; Krain [1514] 1535; Oberösterreich 1559; Kärnthen 1577). Erst die Ferdinandea von 1656 (für Niederösterreich) erkennt die P. G. O. als subsidiäre Rechtsquelle an, ebenso die Leopoldina (für Oberösterreich 1675). Die Josephina (für Böhmen, Mähren und Schlesien 1707).

3. Die Wissenschaft. Einfluß der Italiener. Namentlich Hippolytus de Marsiliis († 1525) Practica caussarum criminalium quae Averolda nuncupatur. Aegid Bossius (1546) Tract. varii. Jul. Clarus († 1575) Sent. receptarum liber quintus zuerst 1560. T. C. Decianus († 1571) Tract. criminalis. Prosp. Farinacius († 1618) Praxis et theorica crim. und Responsa. — Niederländer: Jod. Damhouder († 1581) Praxis rer. crim. (auch Enchiridion rer. crim.) zuerst 1554. Ant. Matthaeus De criminibus ad lib. 47 et 48 Dig. commentarius zuerst 1644.

Lateinische Uebersetzung der P. G. O. von Gobler 1543, lat. Paraphrase von Remus 1594 (beide herausg. von Abegg 1837). Ch. König († 1526) Practica 1541. Perneder Halßgerichtsordnung u. s. w. 1544. Gobler Der Rechten Spiegel (1550 zumeist nicht strafrechtlich). Rauchdorn Practica

1564. v. Dorneck Practica 1576. Sawr Strafbuch 1577. Vigelius Constitutiones Carolinae publ. judic. 1583 (?) Harpprecht Tract. criminalis 1603 (4. Ausgabe 1615). Gilhausen Arbor judiciaria criminalis 1606. Berlich conclusiones practicabiles sec. ordinem constitutionum D. Augusti electoris Saxoniae discussae V partes 1614—1618 (strafrechtlich P. IV und V). Bened. Carpzov (1595—1666) Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminal. III Partes 1635 (Leipziger Schöffensprüche; Hervorhebung der P. G. O. und des sächsischen Rechts). Cramer Compend. criminale 1674. Gegen Carpzov Oldekop Observationes crim. practicae 1654 und J. S. F. Boehmer Observationes sel. ad B. Carpz. practicam 1759. In Tübingen um die Mitte des 16. Jahrhunderts, in Jena seit der Gründung der Universität eine Professur des Lehen- und Criminalrechts (zwei Stunden wöchentlich war über die libri terribiles zu lesen). In Ingolstadt wird Wilh. Everhard 1586 Prof. des Lehen- und Criminalrechts. Die C. C. C. als jus novissimum oder gar „usus modernus". Commentare zur P. G. O. von Clasen 1684; Kreß 1721, letzte Ausg. 1786; J. S. F. Böhmer (Meditationes ad C. C. C. 1770 und 1774). Der „Commentarius in Kayser K. des Fünften u. s. w. P. Halsgerichtsordnung" von Frölich de Frölichsburg 1714 (4. Aufl. 1727) ist vielmehr eine systematische Darstellung des Strafprocesses (1. Thl.) und des Strafrechts (2. Theil).

4. In Folge der Zerrüttung aller öffentlichen Verhältnisse und des erbärmlichen Zustands der Wissenschaft im 16. und 17. Jahrh. Anarchie, Verwilderung und Willkür in der Praxis. Straffschacher. Insbesondere Mangel eines geordneten Instanzenzugs in den kleineren Territorien. Die Gesetzgebung suchte oft durch willkürliche Eingriffe zu helfen. Terroristische Gelegenheitsgesetze auch in den größeren Ländern.

5. Das Strafensystem verdient kaum den Namen eines Systems. „Arbiträre" Strafen. Willkürliche Auslegung der P. G. O. „Zuchthäuser" (hauptsächlich als Zwangsarbeitshäuser) seit dem Ende des 16. Jahrhunderts. Spuren des Compositionensystems bis ins 17. und 18. Jahrhundert. (Pace-Machen in Südtirol).

6. Thomasius als Vorläufer der Aufklärungszeit (gegen Hexenprocesse und Folter). Lehrbücher des Strafrechts: Gaertner Instit. j. crim. in usum lect. acad 1729. Kemmerich Synopsis jur. criminalis (erstes Lehrbuch mit systematischer Anlage) 1731. J. S. F. de Boehmer Elementa juris pr. crim. 1736. Engau Elementa j. cr. 1738. Chr. Fr. G. Meister Principia jur. crim. 1755. Püttmann Elem. jur. crim. 1779. Müller Jus criminale 1786. G. J. Fr. Meister Princ. jur. crim. 1789, 7. Ausg. 1828. Klein Grundsätze des gem. Teutschen peinl. Rechts. — Ferner aus dem 18. Jahrhundert Quistorp Grunds. des deutschen peinl. Rechts 1770, 6. Ausg. 1809—1821. An der Grenzscheide des Jahrhunderts und der Wissenschaft steht Grolman Grunds. der Criminalrechts-Wissenschaft 1798 (4. Aufl. 1825).

7. Die Aufklärungszeit in ihrer Einwirkung auf das Strafrecht. Voltaire, Beccaria, Filangieri, die Encyclopädisten. Der aufgeklärte Absolutismus. (Globig und Huster, Cella, Sonnenfels). Die Kant'sche Philosophie und die Popularphilosophie.

8. Auf dem Gebiet der Gesetzgebung (s. Berner Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom J. 1751 bis zur Gegenwart 1867) ist nicht betreffs seines Inhalts aber durch die formelle volle Loslösung vom Boden des „gemeinen Rechts" (vgl. den Schluß der Einführungsverordnung) epochemachend der Codex juris bavar. criminalis von 1751 (der 1. Theil desselben enthält Strafrecht). Auf diesem Wege folgte Mariä Theresiä, Erzherzogin u. s. w. peinliche Gerichtsordnung vom 31. Dec. 1768 für alle österr. Erblande (s. das Kundmachungspatent, dann Art. 104 und Art. 20 §§ 5, 9; das Strafrecht enthält der zweite Theil). Den Geist der Aufklärungszeit spiegelt aber erst wieder Joseph des II. Allgemeines Strafgesetz über Verbrechen und deren Bestrafung vom 13. Jan. 1787. (Buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes den Richtern vorgeschrieben — § 13. Abschaffung der Todesstrafe; dafür 30- bis 100jährige grausame Freiheitsstrafe).

Preußen trennt sich vom Boden des gemeinen Rechts mit dem Allgemeinen Landrecht von 1794. Theil II, Titel 20 desselben enthält ein Strafgesetzbuch von 1577 Paragraphen. Ein merkwürdiges

Product des halbpatriarchalischen Polizeistaats. Wohlwollende Belehrungen neben barbarischen Strafbestimmungen (auch verschärften Todesstrafen), endlose Casuistik und darum — Lückenhaftigkeit.

§ 13. 4. Ausschließliche Herrschaft des Particularrechts in Deutschland (die kaiserlose Zeit!).

1. Mit dem Aufhören des (alten) deutschen Reichs endet die Existenz des früheren „gemeinen deutschen Rechts". — Einwirkung des französischen Rechts auf Deutschland. Insbesondere der Code pénal von 1810.*)

2. Feuerbach und das Bayerische Strafgesetzbuch vom 16. Mai 1813. (Dazu die merkwürdigen Anmerkungen zum Str. G. B. für das Königreich Bayern auf kgl. Befehl vom 19. Oct. 1813 herausg. und die k. Verordnung vom 9. Oct. 1813 — Verbot der Abfassung von Commentaren). Diebstahlsnovelle von 1816. Entwürfe von 1822, 1827, 1831, 1853. Neues Strafgesetzbuch vom 10. Nov. 1861 (stark vom preußischen beeinflußt). Litt.: (Hocheder, Weis, Stenglein, Dollmann-Risch).

3. Oldenburgisches Gesetzbuch von 1814. Ein neues auf Grundlage des preußischen Str. G. B. datirt vom 3. Juli 1858.

4. Sachsen (seit 1810 Entwürfe). Criminalgesetzbuch vom 30. März 1838. Strafgesetzbuch vom 11. August 1855, revidirt (unter Abschaffung der Todesstrafe) 1868: (Groß, Weiß, Krug, Siebdrat, Schwarze, v. Wächter). An das sächs. Criminalgesetzbuch schloß sich in der Hauptsache an das Altenburg'sche vom 3. Mai 1841. Ein dem sächs. Strafgesetzbuch nachgebildetes Gesetzbuch erhielt Reuß ä. L. unter dem 21. Nov. 1861.

5. Württemberg (Entwürfe seit 1808). Strafgesetzbuch vom 1. März 1839. Wichtige Aenderungen durch ein Gesetz vom 13. August 1849. — (Hepp, Hufnagel.)

6. Braunschweig. Criminalgesetzb. vom 10. Aug. 1840. (Breymann.) Nachgebildet in Lippe 1843.

---

*) Vgl. zum Folgenden das Verzeichniß der in Deutschland seit 1751 erschienenen amtlichen Entwürfe und Strafgesetzbücher bei Binding Die gem. d. Strafgesetzbücher Einl. 1874 S. 4.

7. Hannover (Entw. seit 1823). Allg. Criminalgesetzbuch vom 8. Aug. 1840. Polizeistrafgesetz von 1847. (Leonhardt, v. Bothmer.)

8. Großh. Hessen. Strafgesetzbuch vom 17. Sept. 1841, 1849 in Nassau und 1856 in Frankfurt im Wesentlichen recipiert. (Breidenbach.)

9. Baden. Strafgesetzbuch vom 6. März 1845 (gültig erst vom 1. März 1851). (Thilo, Brauer und Jagemann, Puchelt).

10. Das sog. thüringische Strafgesetzbuch, in den Jahren 1850—52 und 1864 in dem Großh. Sachsen, den beiden Schwarzburg, Sachsen-Meiningen und Koburg-Gotha, Anhalt und Reuß j. L. eingeführt. (v. Wächter.)

11. Preußen. Entwürfe 1827—29, 1830, 1833, 1836 (!), 1843 (zwei), 1845, 1846, 1847, 1849, 1851. Strafgesetzbuch vom 14. April 1851. Gesetz vom 14. April 1856. Neue Ausg. des Gesetzb. unter dem 14. Juni 1859. (Goltdammer, Beseler, Oppenhoff, Hahn, Wellmann, Temme, Hälschner, Berner.) Der preuß. Gesetzgebung schlossen sich im Wesentlichen an Waldeck und Pyrmont 1855, Oldenburg (s. oben, unter Beseitigung der Todesstrafe) 1858, Lübeck Strafgesetzbuch vom 20. Juni 1863 (mit erheblichen Verbesserungen und Weglassung des 3. Theils „Von den Uebertretungen"). Die Verordnung vom 25. Juni 1867 führte das preuß. Strafgesetzbuch in den neuerworbenen preußischen Ländern mit Ausnahme Lauenburgs ein.

12. Hamburg. Criminalgesetzbuch vom 30. April 1869.

13. Sogenanntes „gem. d. Strafrecht" galt noch bis zur Einführung des norddeutschen Str. G. B. in den beiden Mecklenburg, Bremen (Entwürfe 1861, 1869), Schaumburg-Lippe, Lauenburg; Gerichtsgebrauch und Specialgesetze ließen übrigens auch hier der P. G. O. fast nur nominelle Geltung.

14. In Oesterreich Milderungen des Josephinischen Gesetzbuchs schon unter Leopold II. Am 2. Jan. 1795 Wiedereinführung der Todesstrafe (für den Hochverrath). Strafgesetzbuch für Westgalizien vom 17. Juni 1796. Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen vom 3. Sept. 1803. (Jenull, Kudler, Kitka, Waser, Maucher.) Strafgesetzbuch vom

27. Mai 1852. Entwürfe 1863, 1867 (Geyer Besprechung des Entw. eines Strafgesetzes u. s. w. 1867), 1868, 1870, 1874 (Binding, Geyer in Grünhuts Zeitschr. II, III), 1877 (Ausschußentw.), 1879, 1883. (Hye v. Glunec, Herbst, Frühwald, Wahlberg, Glaser, Rulf, Geyer, Ullmann, v. Liszt, Lammasch, Janka.) Liechtenstein hat sich seit 1817 der österreichischen Strafgesetzgebung angeschlossen.

§ 14. 5. Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich.

v. Wächter Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entw. eines Strafgesetzb. f. d. nordd. Bund 1870. Rubo Commentar S. 1, Rüdorff-(Stenglein) Comm. S. 1. Binding Die gem. d. Strafgesetzbücher u. s. w. Einleitung 1874 S. 15. v. Wächter Beilagen S. 198.

1. Einheitsbestrebungen in der Zeit des „deutschen Bundes". Entwürfe v. Strombecks, Krugs, v. Kräwels. Die deutschen Grundrechte. Der deutsche Juristentag.

2. A. 4 Z. 13 der Verfassung des norddeutschen Bundes, vom 26. Juli 1867: (Der Beaufsichtigung Seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten:) 13. Die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren.

3. In der Sitzung des nordd. Reichstags vom 18. April 1868 wurde der am 30. März von den Abgg. Wagner (Altenburg) und Planck gestellte Antrag angenommen:

> „den Bundeskanzler aufzufordern, Entwürfe eines gemeinsamen Strafrechts und eines gemeinsamen Strafprocesses, sowie der dadurch bedingten Vorschriften der Gerichtsorganisation baldthunlichst vorbereiten und dem Reichstag vorlegen zu lassen."

Der Bundesrath stimmte am 5. Juni 1868 zu, worauf der Bundeskanzler den preußisch. Justizminister Leonhardt durch ein Schreiben vom 17. Juni 1868 ersuchte, die Ausarbeitung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund veranlassen zu wollen.

4. Der erste Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den nordd. Bund wurde hierauf von dem geh. Ober-Justizrath Friedberg unter Zuziehung von Rüdorff und Rubo ausgearbeitet und schon am 31. Juli 1869 mit „Motiven" und vier Beilagen gedruckt dem Reichskanzler überreicht und gleichzeitig veröffentlicht. Eine verbesserte Auflage des preußischen Strafgesetzbuchs! (S. Heinze Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen zu d. amtl. Entw. u. s. w. 1870. Berner Kritik des Entwurfs u. s. w. 1869. Binding Der Entwurf u. s. w. 1869. H. Unger Das nordd. Strafrecht 1869. John Das Strafrecht in Norddeutschland 1870.*) Hälschner Beiträge zur Beurtheilung des Str. G. B. f. d. Nordd. Bund 1870. Häberlin Krit. Bemerkungen u. s. w. 1869. Held Bemerkungen u. s. w. 1870. Geyer Krit. V. J. Schr. XII S. 161. Vollert Bl. f. Rechtspfl. XVII S. 1. Verhandl. des neunten d. Juristent. 1870 I (Stenglein, Merkel, v. Geßler, Seeger).

5. Der zweite Entwurf, hervorgegangen aus den Berathungen einer gemäß dem Bundesrathsbeschluß vom 3. Juli 1869 eingesetzten, aus sieben Praktikern (!) bestehenden Commission, welche vom 1. Oct.—31. Dec. 1869 ihre Aufgabe in 43 Sitzungen erledigte, redigiert von Friedberg und Schwarze unter Zuziehung von Rüdorff und Rubo. Gedruckt unter dem 31. Dec. 1869 ohne Motive. Viele Aenderungen, zum größeren Theil Verbesserungen.

6. Der dritte Entwurf, hervorgegangen aus den Berathungen des Bundesraths vom 4.—11. Febr. 1870; mit bloß zwei wesentlichen Aenderungen dem zweiten Entwurf entsprechend. Mit den umgearbeiteten Motiven zum ersten Entwurf und den Beilagen zu diesen dem Reichstag vorgelegt am 14. Febr. 1870. (Heinze Zum revidierten Entw. u. s. w. 1870. Vollert Bl. f. Rechtspfl. XVII S. 74. v. Wächter Beitrag zur Gesch. und Kritik u. s. w. 1870.)

7. Erste Berathung im Reichstag am 22. Februar 1870, zweite Berathung in zwanzig Sitzungen vom 28. Febr.—8. April,

*) John hatte schon 1868 einen „Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund" veröffentlicht.

dritte Berathung in vier Sitzungen vom 21.—25. Mai 1870. Eine Commissionsberathung fand nur statt über die Abschnitte 8—29 des zweiten Theils! Wichtige Debatte in der zweiten Berathung über die Todesstrafe (die Mehrheit, 118 Stimmen gegen 81, war für die Abschaffung derselben). In der dritten Berathung erklärten sich 127 Stimmen (gegen 119) für Beibehaltung derselben. In der Sitzung vom 25. Mai 1870 nahm der Reichstag mit „sehr großer" Mehrheit das Gesetz nach den Beschlüssen der dritten Berathung an. An demselben Tag erfolgte die Zustimmung des Bundesraths, unter dem 31. Mai 1870 die Vollziehung des Gesetzes (und des Einführungsgesetzes) seitens des Bundesoberhaupts (publ. im Bundesgesetzbl. 1870 Nr. 16). Laut § 1 des E. F. G. trat das Str. G. B. für das Bundesgebiet am 1. Jan. 1871 in Kraft.

8. Durch die Berathungen im Reichstag ist der dritte Entwurf bedeutend abgeändert worden, zumeist zum Besseren, namentlich durch Milderung des Strafensystems und vieler Strafdrohungen (Beschränkung der Todesstrafe, richtigere Gestaltung der Festungshaft u. s. w.), insbesondere betreffs der Staatsverbrechen. — Redactionsfehler. (Ueber diese Schütze G. A. 1872 S. 351. Sontag Die Redactionsversehen des Gesetzgebers 1874. v. Wächter Strafrechtl. Fragen III 1877. Merkel H. H. IV S. 76).

9. In Folge der Ereignisse des Jahres 1870 (Verträge vom 15., 23. und 25. Nov. 1870) trat das Strafgesetzbuch in Südhessen am 1. Jan. 1871, in Baden, Württemberg und Bayern am 1. Jan. 1872 in Kraft und wurde für Elsaß-Lothringen (Gesetz vom 30. Aug. 1871) am 1. October 1871 gültig.

Im § 2 des Ges. betr. die Verfassung des deutschen Reichs vom 16. April 1871 wurden unter anderen Gesetzen das Str. G. B. für den nordd. Bund und dessen Einführungsgesetz zu Reichsgesetzen erklärt. Das Strafgesetzbuch (nicht das Einführungsgesetz!) wurde in eine dem neuen Reich angepaßte Form umredigiert als Beilage beigegeben dem „Gesetz, betr. die Redaction des Strafgesetzbuchs für den nordd. Bund" als Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 (R. G. Bl. 1871 N. 24).

10. Eine Vermehrung um den § 130a (den Kanzelparagraphen) erhielt das Str. G. B. durch das Gesetz, betr. die Ergänzung des Str. G. B. f. d. d. Reich vom 10. Dec. 1871 (R. G. Bl. N. 49).

11. Klagen namentlich über angeblich zu große Milde des Str. G. B. und insbesondere über die Ausdehnung und Regelung der Antragsberechtigung, ferner die Fälle Duchêsne und Arnim führten zu der Novelle von 1876, d. h. dem Gesetz vom 26. Febr. 1876, betr. die Abänderung von Bestimmungen des Str. G. B. f. d. d. R. vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben (R. G. Bl. N. 6). Der Art. V desselben ermächtigt den Reichskanzler, den abgeänderten Text des Strafgesetzbuchs durch das Reichsgesetzblatt bekannt zu machen, was in derselben Nummer des R. G. Bl. (s. die Bekanntmachung vom 26. Febr. 1876 daselbst S. 39) geschah. Die wichtigsten Aenderungen betr. die §§ 4 (der Entw. war mit Recht weiter gegangen), 64, 176, 177, 247 Str. G. B.; neu eingeschaltet sind die §§ 49a, § 103a, 223a, 296a, 353a, 366a und Z. 9 im § 361 Str. G. B.

12. Durch das Gesetz, betr. die Einführung der Concursordnung vom 10. Febr. 1877 (R. G. Bl. N. 16) § 3 Z. 3, sind die Vorschriften der §§ 281—283 Str. G. B. aufgehoben worden. An deren Stelle ist das dritte Buch der Concursordnung von demselben Tag (eb. S. 388) getreten, welches die Ueberschrift „Strafbestimmungen" hat und sechs Paragraphen (§§ 209 bis 214) enthält.

13. Das Gesetz, betr. den Wucher vom 24. Mai 1880, (R. G. Bl. N. 10) bestimmt, daß hinter § 302 des Str. G. B. vier neue Paragraphen (§§ 302a, 302b, 302c, 302d) „eingestellt" werden, ferner daß der § 360 Z. 12 des Str. G. B. durch eine neue Bestimmung ersetzt wird.

14. Außer dem Strafgesetzbuch gibt es noch eine große Anzahl reichsrechtlicher Strafgesetze (sogar ein ganzes Reichsstrafgesetzbuch, das Militärgesetzbuch vom 20. Juni 1872) — vgl. unten § 16.

§ 15. Die Quellen des jetzigen Reichsstrafrechts im Allgemeinen.

H. H. II S. 65, IV S. 73 (Merkel). Hälschner S. 81. Berner § 59. Meyer S. 86. Schütze S. 5. v. Liszt S. 24. v. Wächter S. 73. Wächter Württ. Privatrecht II

§ 13, 23, N. A. 1844 S. 413, 535, Das königlich Sächs. u. das Thüring. Strafrecht S. 82. Mohl N. A. 1842 S. 214, 340. Schaffrath Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze 1842. Thöl Einleitung in das d. Privatrecht 1847 § 58. R. v. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik I 1860 S. 96. Binding die Normen und ihre Uebertretungen I 1872 S. 66. Bierling Ztschr. f. K. R. X S. 141. A. Sturm Recht und Rechtsquellen 1883 S. 113, 169. Schwarze Comm. Excurs V (S. 28 der 5. Aufl.).

I. Nur Gesetzesrecht ist Rechtsquelle für unser jetziges Strafrecht, nicht Gewohnheitsrecht, welches hier bloß auftreten könnte in der Form des Gerichtsgebrauchs (vgl. Lehrb. S. 206), der sich höchstens als desuetudo bei landesrechtlichen Polizeivorschriften Geltung verschaffen könnte. (Binding Zeitschr. I S. 4 räumt der Praxis zu viele Selbständigkeit ein.) Nullum crimen, nulla poena sine lege.

II. Die analoge Anwendung der Strafgesetze ist nicht unbedingt, wohl aber in den wichtigsten Beziehungen ausgeschlossen. S. § 2 Abs. 1 Str. G. B.: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde." Die Straffälle dürfen nicht auf dem Weg der Analogie „vervielfältigt" werden, woraus sich weiter der Ausschluß der Analogie betreffs der Annahme von Schuld- und Strafausschließungsgründen und Strafschärfungsgründen ergibt. Dasselbe gilt von den Milderungsgründen nur insoweit, als statt der „mildernden Umstände" gesetzlich bestimmte Milderungsgründe vorkommen.

III. Benutzung der „Materialien" des Gesetzes zur Auslegung desselben. Die Entwürfe sammt Motiven und Beilagen. Reichstagsverhandlungen, Erklärungen der Antragsteller, der Regierungsvertreter.

IV. Insbesondere das Verhältniß des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht. H. H. II S. 1 (Heinze), IV S. 1 (Kayser). Berner § 62 S. 93. Mayer S. 72. Schütze S. 11. Wächter S. 65. v. Liszt S. 43. Heinze Staatsrechtl. u. strafr. Erörterungen 1870 Abs. I, II, VI. Schwarze Gerichtss. 1870 S. 381. v. Holtzendorff Straf-

rechtsg. 1871 S. 19. Heinze Das Verhältniß des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafr. u. s. w. 1871. John Strafrechtsz. 1871 S. 240, 337. Meves eb. S. 545. Haller Das Verhältniß des d. d. Str. G. B. zu den landesges. Strafbestimmungen über den Concurs 1871. Binding Der Antagonismus u. s. w. 1871. Ders. Normen I S. 71. v. Bar Krit. VJSchr. XIV S. 254, 429. Meves G. A. 1875 S. 1. Wächter Beil. S. 229. Binding Grundr. S. 43. Laband Das Staatsr. des D. Reichs II 1878 S. 106.

A. 2 der Reichsverfassung vom 16. April 1871: „Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhaltes dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen, welche vermittelst des Reichsgesetzblattes geschieht. Sofern nicht in dem publicierten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist."

§ 2 des E. F. G.: „Mit diesem Tage (dem 1. Jan. 1872) tritt das Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (das deutsche Reich) sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrechts, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts und über den Holz- (Forst-) Diebstahl."

Der Ausdruck „besondere Vorschriften" bedeutet: Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuches sind.

Eine eigenthümliche Stellung aber nehmen die Vorschriften der namentlich aufgeführten Gesetze ein.

Der § 2 Abs. 2 gestattet angeblich der Landesgesetzgebung auch weiterhin Vorschriften der dort bezeichneten Art zu geben und bezugs jener „Materien", welche durch das Strafgesetzbuch nicht berührt sind, kann sie von den im allgemeinen Theil des Straf-

gesetzbuchs aufgestellten Grundsätzen abweichen. — R. G. E. 1. Mai 1880 (Entsch. II S. 33) — ?

Das Stillschweigen des Str. G. B. über eine „Materie" kann auch ein „qualificiertes" sein, d. h. die Regelung derselben durch Landesrecht ausschließen (Versuch, Theilnahme, Eidesverbrechen). Vgl. das Erk. des Sächs. Ob. App. G. vom 27. Sept. 1872 in G. A. 1872 S. 97.

„Blinde Strafdrohungen" (Heinze) oder „Blankettstrafgesetze" (Binding). S. die §§ 327, 328 und eine große Anzahl Bestimmungen im 29. Abschn. des 2. Theils.

Der 29. Abschnitt ist überhaupt ein fragwürdiges Bruchstück eines Polizeistrafgesetzbuchs. S. über seine Ergänzung durch Landesstrafrecht R. G. E. 2. Nov. 1882 (Entsch. VII S. 202). — Weitere Beschränkungen des Landesstrafrechts bezugs der Strafdrohungen enthält das E. G. in den §§ 5 und 6. —

Landesrechtl. Ein- bez. Ausführungsgesetze. Kein Einführungsgesetz in Preußen. Bayern, G. den Vollzug der Einf. des Str. G. B. betr. vom 26. Dec. 1871 (Staudinger, Weber). Sachsen, G. die Ausf. des Str. G. B. betr., vom 15. Apr. 1873 (Schwarze, Siebdrat). Württemberg (s. Frisch Die Strafg. des K. Württ. 1878). Baden (s. Bingner u. Eisenlohr Das bad. Strafrecht 1872). Elsaß-Lothringen (s. Kayser H. H. IV S. 637). — Polizeistrafgesetzbücher. (Bayern v. 26. Dec. 1871.)

§ 16. Die strafrechtlichen Nebengesetze.

I. Für das Verhältniß des Strafgesetzbuchs zu anderen Reichsgesetzen gelten die allgemeinen Regeln über das Verhältniß von Verfassungs- und einfachen, früheren und späteren Gesetzen, von allgemeineren und specielleren Bestimmungen.

II. Reichsstrafgesetze außer dem Strafgesetzbuch:

1. Gesetz betr. die Erhebung einer Abgabe von Salz vom 12. Oct. 1867 §§ 11—18.

2. G. betr. d. Nationalität der Kauffahrteischiffe vom 25. Oct. 1867 §§ 13—15 (Meves).

3. G. über die Freizügigkeit vom 1. Nov. 1867 §§ 3, 10.

4. G. betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 §§ 27, 66—68 (Schulze-Delitzsch, Parisius, v. Sicherer).

5. G. betr. die Besteuerung des Branntweins u. s. w. vom 8. Juli 1868 §§ 50—68 (nur für einen Theil des ehemal. nordd. Bundes gültig). (Stämmler.)

6. Zwei Gesetze von dems. Tag über die subsidiarische Haftung des Brauerei-, bez. Brennerei-Unternehmers u. s. w.

7. G. betr. die Maßregeln gegen die Rinderpest vom 7. April 1869.

8. G. betr. die Einführung von Telegraphen-Freimarken vom 16. Mai 1869 § 2.

9. G. betr. die Wechselstempelsteuer vom 10. Juli 1869, (abgeänd. durch das Gesetz vom 4. Juni 1879) §§. 15, 17, 23.

10. Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, mit Abänderungen vom 12. Juni 1872, 17. Juli 1878, 23. Juli 1879, 18. Juli 1881 und 1. Juli 1883, §§ 143—153 (§ 148 Z. 10 abgeändert und § 149 ergänzt durch Art. 2 des Ges. vom 18. Juli 1881, die §§ 143, 145, 146, 148 Z. 5—7, 149 und 150 umgeändert durch Art. 14 des Ges. vom 1. Juli 1883. Auf Grund des Art. 16 dieses Ges. ist der neue Text der Gewerbeordnung im R. G. Bl. 1883 Nr. 15 S. 177 ff. bekannt gemacht). — (Jacobi, Meves, Seydel.)

11. G. betr. die Besteuerung des Zuckers vom 26. Juli 1869 § 4.

12. Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 §§ 134—165.

13. G. betr. die Sicherung der Zollvereinsgrenze u. s. w. vom 1. Juli 1869 A. 1, 12, 15, 18.

14. G. betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. vom 11. Juni 1870 (Nachdrucksgesetz). (Dambach, Klostermann, O. Wächter. — S. namentlich die Angaben von D a m b a ch in H. H. IV S. 467 über die Litteratur, auch betr. der unter 31, 36—38 u. 45 folgenden Gesetze.)

15. G. betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften vom 11. Juni 1870 §§ 206, 249, 249a.

16. Reichsverfassung vom 16. Apr. 1871 A. 22, 30.

17. G. betr. die Inhaberpapiere mit Prämien vom 8. Juni 1871 § 6.

18. G. über das Postwesen vom 28. Oct. 1871 §§ 27—33 (Dambach, Fischer, Meves).

19. G. betr. die Beschränkung des Grundeigenthums in der Nähe von Festungen vom 21. Dec. 1871 § 32.

20. G. wegen Erhebung der Brausteuer vom 31. Mai 1872, §§ 27—42 (nicht im ganzen Reiche geltend).

21. Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 (Brauer, Keller, Hecker, Rüdorff-Solms).

22. Seemannsordnung vom 27. Dec. 1872 §§ 75, 79, 81—103 (Meves).

23. G. betr. die Verpflichtung deutscher Kauffahrteischiffe zur Mitnahme hilfsbedürftiger Seeleute vom 27. Dec. 1872 § 8 (Meves).

24. G. über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 § 27.

25. G. betr. die Registrierung u. Bezeichnung der Kauffahrteischiffe vom 28. Juni 1873 § 4.

26. Münzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 13.

27. Impfgesetz vom 8. April 1874 §§ 14—17.

28. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 §§ 18, 33, 60, 69.

29. G. über die Presse vom 7. Mai 1874 (v. Schwarze, Marquardsen, Berner, v. Liszt).

30. Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 § 43 (Meves).

31. G. über den Markenschutz vom 30. Nov. 1874 §§ 14—17 (Klostermann, Meves, Endemann).

32. G. betr. die Ausgabe von Banknoten vom 21. Dec. 1874 A. II § 2.

33. Bahnpolizeireglement für die Eisenbahnen Deutschlands vom 4. Jan. 1875.

34. G. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Febr. 1875 §§ 67—69 (Hinschius, Völk, v. Sicherer).

35. Bankgesetz vom 14. März 1875 §§ 55—59 (Ströll, Stommel, Soetbeer).

36. G. betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 9. Jan. 1876 § 16 (O. Wächter).

37. G. betr. den Schutz der Photographien u. s. w. vom 10. Jan. 1876 § 9 (O. Wächter).

38. G. betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Jan. 1876 § 14 (Dambach).

39. G. betr. die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei Viehbeförderung auf Eisenbahnen vom 25. Febr. 1876 § 5.

40. G. über die eingeschriebenen Hülfscassen vom 7. April 1876 §§ 33, 34.

41. Noth- und Lootsensignalordnung vom 14. Aug. 1876 (auf Grund des § 145 Str. G. B. erlassen).

42. Verordnung über das Verhalten der Schiffe nach einem Zusammenstoß vom 15. August 1876 (auf Grund des § 145 Str. G. B. erlassen).

43. G. betr. die Schonzeit für den Fang von Robben vom 4. Dec. 1876.

44. Concursordnung vom 10. Febr. 1877 §§ 209—214.

45. Patentgesetz vom 25. Mai 1877 §§ 34—40 (Dambach, Kohler).

46. G. betr. Zuwiderhandlungen gegen die zur Abwehr der Rinderpest erlassenen Vieheinfuhrverbote vom 21. Mai 1878.

47. G. betr. den Spielkartenstempel vom 3. Juli 1878.

48. G. gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. Oct. 1878 (v. Schwarze, Gareis). Dazu das G. betr. die authentische Erklärung (des § 28) u. s. w. vom 31. Mai 1880.

49. G. betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 14. Mai 1879 §§ 8—17 (Zinn, Bär, v. Schwarze, Meyer, Finkelnburg, Ortloff).

50. G. über die Consulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 §§ 4, 46.

51. G. über die Besteuerung des Tabaks vom 16. Juli 1879 §§ 32—47.

52. G. über die Statistik des Waarenverkehrs vom 20. Juli 1879 § 17 (Ordnungsstrafe bis zu 100 M., unbeschadet der Vorschriften in den §§ 275 u. 276 Str. G. B.).

53. Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 7. Jan. 1880 (auf Grund des § 145 Str. G. B. erlassen).

54. G. betr. die Schiffsmeldungen bei den Consulaten des deutschen Reichs vom 25. März 1880 § 4.

55. G. betr. den Wucher vom 24. Mai 1880 (Reinwald, v. Schwarze).

56. G. betr. die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen vom 23. Juni 1880 §§ 65—67.

57. G. betr. die Küstenfrachtfahrt vom 22. Mai 1881 § 3.

58. G. betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben vom 1. Juli 1881 §§ 3, 4, 8, 16, 23—25.

59. G. betr. die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die österreichisch-ungar. Zollgesetze vom 17. Juli 1881 §§ 2—6.

60. G. betr. die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefäße vom 20. Juli 1881 § 5.

61. G. betr. die Erhebung einer Berufsstatistik im Jahre 1882 vom 23. Febr. 1882 § 5.

62. G. betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 §§ 81, 82.

63. G. betr. die Abwehr und Unterdrückung der Reblauskrankheit vom 3. Juli 1883 § 12.

Zu beachten sind ferner die strafrechtlichen Bestimmungen in mehreren vom deutschen Reich (vgl. oben den Vertrag des deutschen Zollvereins mit Japan vom 20. Febr. 1869!) abgeschlossenen Freundschafts-, Handels-, und Schifffahrtsverträgen (z. B. in den Art. 3, 4, 6 der Zusatzconvention vom 31. März 1880 zu dem deutsch-chinesischen Vertrag vom 2. Sept. 1861) und in den Uebereinkünften wegen gegenseitigen Schutzes der Rechte an Werken der Litteratur und Kunst. In Bezug auf Marken-, Muster- und Modellschutz vgl. Handelsvertrag mit Oesterreich-Ungarn vom 23. Mai 1881 A. 20, mit der Schweiz von dems. Tag A. 11, den Handels- und Schifffahrtsvertrag mit Italien vom 4. Mai 1883 Art. 5, mit Spanien vom 12. Juli 1883 Art. 7 (s. auch den Handelsvertrag mit Rumänien vom 14. Nov. 1877 A. XVI, mit Serbien vom 4. Mai 1883 Art. XI*).

§ 17. Wissenschaftliche Hilfsmittel und Litteratur des deutschen Strafrechts.

(Vgl. Lehrb. §§ 43, 45, 46.)

I. Ethik. S. Geyer Gesch. u. Syst. der Rechtsphilos. in Grundzügen 1863. Zu der Litteratur auf S. 109 daselbst ist hinzu-

*) Vgl. zu dem Ganzen die Materialiensammlung in Borchert Codex des deutsch-preuß. Strafrechts und Strafprocesses u. s. w. 1883, 2 Bde.

zufügen: Geyer Zeitschr. f. exacte Philos. I S. 101, 444; II 71, 225. Fienemann ebenda VI S. 337; VII S. 1. Ziller Allg. philos. Ethik 1880. Flügel Die Entwickelung der sittl. Ideen, Zeitschr. für Völkerpsychol. XII S. 125, 451. Geyer Philos. Einleitung in die Rechtswiss. in v. Holtzendorffs Encyclop. der Rechtswiss. 4. Aufl. 1882 S. 1.

II. Psychologie. Friedreich Handb. der gerichtl. Psychologie 2. Aufl. 1842. Th. Waitz Lehrb. d. Psychologie 1849. Ideler Lehrb. der ger. Psych. 1857. Wilbrand Lehrb. der ger. Psych. 1858. W. F. Volkmann Lehrb. der Psychologie u. s. w. 2. Aufl. 2 Bde. 1875, 1876 (eine dritte Aufl. in Vorbereitung). v. Krafft-Ebing Grundzüge der Criminalpsychologie 2. Aufl. 1882.

III. Psychiatrie und gerichtliche Medicin. Lehrbücher der ger. Med. von Henke (12. Aufl. besorgt von Bergmann 1851), Buchner (2. Aufl. 1872), Schürmayer 4. Aufl. 1874). Schauenstein (2. Aufl. 1875). Ferner: Casper Prakt. Handbuch der ger. Med. 7. Aufl. in zwei Bänden bes. von Liman 1881, 1882. E. Hofmann Lehrb. der ger. Medicin 3. Auflage 1883 f. F. Kornfeld Handb. der gerichtl. Medicin 1884. Spielmann Diagnostik der Geisteskrankheiten 1855. Griesinger Die Pathologie und Therapie der Geisteskrankheiten 4. Aufl. 1876. v. Krafft-Ebing Lehrb. der ger. Psycho-Pathologie 2. Aufl. 1881. Noch nicht vollendet das von Maschka herausgegebene Handbuch der ger. Medicin 1881 ff.

IV. Moralstatistik. Quételet Du système social et des lois qui le régissent 1848. A. Wagner Die Gesetzmäßigkeit in den scheinbar willkürlichen Handlungen vom Standpunkte der Statistik 1864. Drobisch Die moralische Statistik 1867. v. Oettingen Die Moralstatistik 3. Aufl. 1883 (vgl. dens. in der Zeitschr. I S. 414).

V. Criminalpolitik. Beccaria Dei delitti e delle pene 1764 (deutsch v. Glaser 2. Aufl. 1876). Filangieri La scienza della legislazione 1780—85 (deutsch v. Zink 1784 ff.). Bentham (1748—1832) Traités de législat. civile et pénale par Dumont 1802 (4. Ausg. 1840, deutsch v. Benecke Benthams Grundsätze der Civil- und Criminalgesetze 2 Bde. 1836). Théorie des peines et des récompenses 1812 (3. Ausg. 1840)

u. s. w. (Sämmtl Werke engl. herausg. von Bowring 1843.) Oersted Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung 1818. Bonneville de Marsangy De l'amélioration de la loi criminelle, 2 Bde. 1855, 1864. Die amtlichen und nichtamtlichen Gesetzentwürfe sammt ihren Motiven und sonstigen Anlagen und deren Besprechung seitens der Schriftsteller und in den gesetzgebenden Körpern gehören im Ganzen ebenfalls hierher. Deßgleichen Feuerbach Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinl. Rechts, 2 Thle., 1799, 1800. Köstlin Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts 1845. Wahlberg Criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte 1872.

VI. Die Criminalpolizei insbesondere und die Kenntniß des Gaunerthums. Stieber Criminalpolizei 1860. Ortloff Lehrbuch der Criminalpolizei 1881. Ders. Die strafb. Handlungen nach Deutschlands Reichsrecht und Praxis. Handbuch für Straf- und Polizeibehörden 1883. v. Train Wörterbuch der Gaunersprache 1833. Thiele Die jüdischen Gauner in Deutschland 1842. Avé-Lallement Das deutsche Gaunerthum 3 Bde. 1858—1863.

VII. Das Strafrecht des Auslands. S. H. H. I S. 144 (v. Holtzendorff). Ueber die neueste Gesetzgebung und Litt. fortlaufende Berichte in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw.

1. Oesterreich (s. oben § 13 a. E.).

(Ungarn: Strafgesetzbuch 1878. Kroatischer Entwurf von 1879 s. Tauffer Der kroat. Strafgesetzentw. u. s. w. 1880.) Das Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen für Bosnien und die Hercegowina vom Juli 1881 hält sich meist wörtlich an die Bestimmungen des österreichischen Str. G. B. von 1852. Einige interessante, hauptsächlich durch die Rücksichten auf die Anschauungen der Mahomedaner hervorgerufene Bestimmungen s. in den §§ 218, 456, 464.

2. Die Schweiz. Bundesstrafrecht: Ges. vom 30. Juni 1849 (über die eidgenöss. Regalien). Bundesgesetz über die Strafrechtspflege der eidgenöss. Truppen vom 27. Aug. 1851. Ges. vom 4. Febr. 1853. Strafgesetzbücher: Thurgau 1841, Waadt 1843, Graubünden 1851, Neuenburg 1856, St. Gallen und Aargau 1857, Schaffhausen 1859, Luzern 1860, Obwalden 1863, Unterwalden 1864, Bern 1866, Glarus 1867, Zürich 1871,

(Benz, Glaser), Baselstadt 1872, Baselland, Tessin und Freiburg 1873, Solothurn und Genf 1874, Zug 1876, Appenzell a/Rh. 1878, Schwyz 1881. (Temme Lehrb. des schweiz. Strafrechts 1855. Osenbrüggen Studien zur D. und schweiz. Rechtsgeschichte 1858. Zeitschr. f. schweiz. Recht.)

3. Die Niederlande. Strafgesetzbuch 1881 (vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtw. I S. 401; Moddermann, v. Swinderen, Pols). Strafgesetzbuch für Luxemburg 1879, für Niederländisch-Indien 1866 (Pinto).

4. Dänemark Str. G. B. 1866 (Goos), Island 1869, Schweden 1864 (Berner Gerichtsſ. 1878 S. 606, Hagströmer). Norwegen 1842. Eine gute Uebersicht über das jetzt in den skandinavischen Ländern geltende Strafrecht hat Goos im fünften Heft der Nordisk Retsencyklopaedi (Kopenhagen 1882) mit der Darstellung des „allgemeinen Theils" begonnen; der „besondere Theil" ist nächstens zu erwarten.

5. Frankreich. C. pénal vom 12. Febr. 1810. G. vom 23. April 1832 und 13. Mai 1863. (Für das Strafrecht vor der Revolution wichtig Muyart de Vouglans Institutes au droit criminel 1757 p. 427 svv. Gesetzbücher vom Jahre 1791 und IV [1795].) Locré La législation.... de la France. T. 29—31, 1831, 1832. Morin Répertoire gén. et raisonné du droit crim., 2 tom. 1850, 1851. Sirey et Duvergier Recueil gén. des arrêts etc., seit 1791. Dalloz Jurisprudence gén. etc. Nouv. éd. seit 1845. Journal du Palais seit 1791. Chauveau Code pénal progressif 1832. Blanche Études pratiques etc. 7 tom. 1861—72. Nypels Le droit pénal français progressif et comparé 1864. Chauveau et Hélie Théorie du Code pén. 5e éd., 6 vol. 1872 ff. (belg. Ausgabe von Nypels 1858 ff.). Ortolan Éléments de droit pénal, 4e éd. 2 tom. 1875. Boitard et Hélie Leçons de droit crim. 11e éd. 1876. Hélie Pratique crim. 2 t. 1876, 1877. Trébutien Cours élémentaire de droit crim. 2e éd. Tome I Droit pénal 1878. Garraud Précis de droit. crim. 1881. Journal de droit crim. seit 1829.

6. Belgien. Code pénal von 1867. Haus Principes gén. de droit pén. Belge 3e éd. 2 t. 1879. Nypels Le Code pén. Belge interprété etc. 3 t. 1867—1884.

7. England. Common law; statute law. Consolidationsgesetze von 1861. Crim. code (indictable offences) bills von 1878 und 1879. H. Stephan Handb. des engl. Strafrechts, üb. von Mühry 1843. Blackstone Commentaries on the laws of England (Vol. IV der Ausg. von 1869). Stephen A general view of the crim. law of England 1863. Russell Treatise on Crimes and Misdemeanors 5th. ed. 3 vol. 1877. Ueber die neuen Entwürfe und Gesetze S. Meyer G. A. 1878. Winiwarter Gerichtsſ. 1878 und namentlich J. Stephen Zeitschr. I S. 439. — In mehreren der nordamerik. vereinigten Staaten gibt es Strafgesetzbücher (Livingstone, Wharton). Beachtenswerth besonders das für New-York von 1881 (Geyer G. A. 1882 S. 81). S. im Allg. Harris Principles of criminal law. With add. and notes, adapting it to the American Law by M. F. Force 1880.

8. Italien. Strafgesetzbuch von 1859 (für Neapel mit bedeutenden Abänderungen durch das Decret vom 17. Febr. 1861 geltend). Für Toscana gilt noch das Str. G. B. von 1853. Entwürfe zu einem einheitlichen Strafgesetzbuch seit 1864 (s. Mittermaier Gerichtsſ. 1866 S. 173. Geyer Strafrechtsz. 1868 Sp. 430, 1869 Sp. 233. Krit. VJSchr. XVII S. 1, Riv. pen. I p. 257. Ueber das Progetto Mancini Allg. Z. 1877 Nr. 341. Neuester Entw. von 1883. Carmignani Juris crim. elementa ed. IV, 2 vol. 1829. Teoria delle leggi della sicurezza sociale 4 Vol., 1831. Cremani De jure criminali libri tres. Neue Ausgabe Florenz 1848. Giuliani Istituzioni di diritto criminale 3. ed., 2 Vol. 1856. Buccellati Sommi principii etc. 1. 1865. Tancredi Canonico Introduzione etc. 2. ed. 1872. Zuppetta Corso completo di dir. penale 8. ed., 2 vol. 1869, 1870. Ueber Litt. und Gesetzgebung im 19. Jahrh. bis 1867 s. Pessina Dei progressi del diritto penale etc. 1868. Carrara Programma del corso di dir. criminale. Parte generale, 5. ed. 2 vol. 1877, Parte speciale, 7 vol. theilweise in 4., theilweise in 5. Aufl. — Tolomei Diritto e procedura pen. 3. ed. 1875. Pessina Elementi di diritto penale, 3. ed. 1871. Pertile Storia del diritto Italiano etc. Vol. V. Storia del dir. penale 1876. Archivio giuridico, Rivista penale u. a. Zeitschriften. Seit 1881 erscheinen zwei große encyclopä-

dische der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft gewidmete Werke: „Il digesto italiano“ in Turin und „Enciclopedia giuridica italiana“ in Neapel. — Monographien von Carrara, Buccelati, Pessina, Ellero, Nocito, Lucchini, Brusa, Mangano u. A. Für die Inseln Malta, Comino und Gozzo besteht ein Strafgesetzbuch von 1854 (s. die Ausg. der Leggi criminali per l'isola di Malta e sue dipendenze, Malta 1871, welche die Novellen bis 1871 enthält p. 3—103, und Falzon Annotazioni alle leggi crim. etc. I 1870, II 1872, über welches Buch ich Krit. VJSchr. XIV S. 175, XV S. 198 berichtet habe. Ueber das maltesische Gefängnißsystem Geyer Strafrechtszeitung 1872 S. 35); für San Marino ein Str. G. B. von 1865.

9. Spanien. Strafgesetzb. von 1863, „reformiert“ 1870. Portugal hat ein Str. G. B. aus dem J. 1852, Mexiko eines von 1871.

10. Griechenland 1833; Montenegro 1855; Serbien 1860; Rumänien 1864; Japan 1880 (Berner Gerichtss. 33 S. 381. S. Mayer G. A. 1882 S. 30).

11. Rußland. Gesetzb. der Criminal- und Correctionsstrafen, Ausgabe von 1866, 1711 Paragraphen! Ueber den neuen Entw. zum allg. Theil eines Strafg. von 1882 s. Schütze Gerichtss. XXXV S. 67. S. Mayer G. A. 1883 S. 1. Geyer Krit. VJSchr. N. F. VI S. 296. Zeitschr. III S. 598, IV H. 2. Auch einige Abschnitte des besonderen Theils liegen bereits im Entwurf (russisch) vor.

VIII. Neuere deutsche Litteratur (über die ältere s. § 10 Z. 11, § 12 Z. 3, 6, 7).

1. Handbücher: Kleinschrod Systemat. Entwicklung der Grundbegr. u. Grundwahrheiten des peinl. Rechts, 3 Theile 1794—6. Tittmann Handb. der Strafrechtsw. 2 Aufl. 3 Bde. 1822—24. Schröter Handb. u. s. w. I 1818 (unvollendet). Wirth Handb. u. s. w. 3 Bände 1822 (unvollendet). Henke Handb. des Criminalr. u. der Criminalpolitik 3 Thle. 1823, 1826, 1830. Jarcke Handb. 2c. 3 Bände, 1827—30 (unvollendet). Roßhirt Entw. der Grunds. u. s. w. 1828. Luden Handb. des teutschen gem. u. part. Strafr. 1. Band 1842 (unvollendet). Köstlin System des d. Strafrechts 1. Abtheilung 1855 (unvollendet). Einen

Theil des Uebrigen enthält Köstlin Abhandl. aus dem Strafr. herausg. v. Geßler 1858. Bekker Theorie des heut. d. Strafrechts I 1859 (unvollendet). v. Holtzendorff Handb. des d. Strafr. in Einzelbeiträgen, 4 Bde. 1871—77. Hälschner Das gem. d. Strafrecht I 1881 (höchst beachtenswerth auch dessen früheres unvollendetes Werk, „das preußische Strafrecht", 3 Bände [1. Band: Geschichte des brandenburgisch-preuß. Strafrechts] 1855, 1858, 1868). v. Bar Handb. des d. Strafrechts I 1882.

2. Lehrbücher. Stübel System des allg. peinl. Rechts, 2 Bde. 1795. Klein Grundsätze rc. 2. Aufl. 1799. Grolman Grunds. der Criminalrechtswiss. 1798, 4. Aufl. 1825. Feuerbach Lehrb. des gem. in D. gültigen peinl. Rechts 1801, 9. Ausg. 1826, 11. Ausg. 1832, 14. Ausg. bes. von Mittermaier 1847. „Ausführl. krit. Commentar" dazu von Morstadt und Osenbrüggen 1852, 1855. Salchow Lehrb. rc. 1807, 3. Aufl. 1823. Dabelow Lehrb. 1807. Henke Lehrb. 1815. Roßhirt Lehrb. 1821. Martin Lehrb. des Teutschen gem. Criminal-Rechts 1825, 2. Aufl. 1829. Wächter Lehrb. des Römisch-Teutschen Strafrechts, 2 Theile 1825, 1826. Bauer Lehrb. 1827, 2. Aufl. 1833. Klenze Lehrb. rc. 1833 (Grundriß). Heffter Lehrb. des gem. d. Strafr. 1833, 6. Ausg. 1857. Abegg Lehrb. der Strafrechtswiss. 1836. Marezoll das gemeine deutsche Criminalrecht 1841, 3. Ausg. 1856. Geib Lehrb. des deutschen Strafrechts 1. Bd. Geschichte 1861, 2. Band Allg. Lehren 1862 (unvollendet; Grundriß mit der Anlage eines Handbuchs). Berner Lehrb. des deutschen Strafrechts, 1. Aufl. 1857, 6. Aufl. 1872, 13. Aufl. 1883. Schütze Lehrb. des d. Strafrechts 1871, 2. Aufl. 1874. H. Meyer Lehrb. des d. Strafrechts 1. Aufl. 1875, 3. Aufl. 1882. Temme Lehrb. des gem. d. Strafrechts 1876 (!). Binding Grundriß zur Vorlesung über gem. d. Strafr. 1. Einl. u. allg. Theil. 2. Aufl. 1879. v. Wächter Beilagen zu Vorlesungen über das d. Strafrecht 1877 und „Deutsches Strafrecht. Vorlesungen" 1881. v. Liszt Das deutsche Reichsstrafrecht u. s. w. 1881. Encyclopäd. Darstellung des allg. Theils: Geyer das Strafrecht in v. Holtzend. Encyclop. 4. Aufl. 1882 S. 869. (Grundrisse von Herrmann u. Lueder.)

3. Abhandlungen von Kleinschrod 1793, Henke (Versuche 1807), Feuerbach (Themis 1812), Hepp (Versuche

1827), Abegg (Untersuchungen 1830), Wächter (1835), Luden (2 Bde. 1836, 1840), Bauer (3 Bände 1840—4), Krug (2. Aufl. 1861), Osenbrüggen (1857), Seeger (I 1858, III 1862), Glaser (I 1858), Geyer, (Erört. über den allg. Thatbestand der Verbrechen 1862), v. Buri (1862), Merkel (2 Theile 1867), Otto (Aphorismen 1873). Wahlberg Gesammelte kl. Schr. 3 Bände 1875—1882. Glaser Kl. Schriften 1. Theil 2. Aufl. 1883.

4. Zeitschriften: v. Grolman Bibliothek für peinl. Rechtswiss. 1798—1804. — Archiv des Criminalrechts. Altes Archiv 7 Bde. 1799—1807. Neues Archiv 14 Bände 1816—33. Archiv N. Folge 24 Bde. 1834—57. — Hudtwalcker u. Trummer Criminalist. Beiträge, 3 Bände 1825—27. Hitzig Annalen der d. und ausländ. Criminalrechtspflege 17 Bde. 1827—35, fortg. von Demme u. Klunge 30 Bde. 1837—44. N. Folge herausg. v. Schletter 42 Bde. 1846—1855. — Der Gerichtssaal seit 1849 (bis 1857 jährlich zwei Bände, seitdem jährlich 1 Band). (Goltdammers) Archiv f. preuß. Strafrecht seit 1853. Von 1871 (Bd. 19) an: Archiv für gem. d. u. für preuß. Strafrecht, von 1880 (Bd. 28) an: Archiv f. Strafrecht. — v. Holtzendorff Allg. deutsche Strafrechtszeitung 1861—70, 10 Bde. N. F. 3 Bde. 1871—73, seit 1874 mit dem Gerichtssaal verschmolzen. v. Liszt u. Dochow (dann v. Lilienthal) Zeitschr. für die ges. Strafrechtswissensch. seit 1881. — Außerdem zu beachten unter den früher erschienenen Zeitschr. u. Sammlungen von gerichtl. Entscheidungen u. s. w.: Hitzigs Zeitschr. f. Criminalrechtspfl. in Preußen 1826—33. v. Groß Strafrechtspflege 1858—61. Schletters Jahrbücher. Temmes Archiv f. die strafrechtl. Entscheid. u. s. w. Stenglein Zeitschr. f. Gerichtspraxis u. Rechtsw. in D. Heuser Annalen der Justizpflege. Oppenhoff Rechtsprechung des preuß. Obertribunals. Zeitschr. für Gesetzg. u. Rechtsw. in Bayern. Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte. Entsch. des O. A. G. in Lübeck. — Ferner noch jetzt erscheinende Zeitschr. nicht bloß strafrechtlichen Inhalts: Kritische Vierteljahresschr. f. Rechtsw. und Gesetzg. (Fortsetzung der „Kritischen Ueberschau"). Grünhuts Zeitschr. für d. öff. u. Privatrecht der Gegenwart, Zeitschr. f. vergleichende Rechtswiss. Archiv f. prakt. Rechtswiss. Magazin f. d. deutsche R. der Gegenwart. Annalen des Reichs-

gerichts. Blätter f. Rechtsanwendung bes. in Bayern. Sächs. Gerichtszeitung. Württ. Gerichtsblatt. Württ. Archiv. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen. Badische Annalen. Archiv f. Civil- und Criminalrecht f. d. preuß. Rheinprovinzen. Revue de droit international.

5. Sammlungen von Strafrechtsfällen: Klein Merkw. Rechtsspr. der Hallischen Juristenfacultät 1796 ff. Ch. F. G. Meister Erkenntn. u. Gutachten u. s. w. 1771 ff. J. F. G. Meister Urtheile u. Gutachten u. s. w. 1808. Feuerbach Merkw. Criminalfälle 2 Bde. 1808, 1811. Actenmäßige Darst. merkw. Verbrechen 2 Bde. 1828, 1829; 3. Aufl. v. Mittermaier 1849. Pfister 1814 f. Tittmann 1815. Bopp 1834. Bauer 1835 f. Wendt 1836. Scholz 1840 f. Pitaval Causes célèbres 1754 f. Neuer Pitaval seit 1842. Zachariä Geschichtserzählungen aus Criminalacten 1835. Osenbrüggen Casuistik des Criminalrechts 1854. Rulf Strafrechtsfälle 1874. v. Bar Strafrechtsfälle 1874. Dochow Strafrechtsfälle 1874, 2. Aufl. 1880.

6. Sammlungen von Entscheidungen des Reichsgerichts: Entsch. des Reichsg. in Strafs. seit 1880. Rechtsprechung des Reichsg. in Strafs. seit 1879. (Viele Entsch. außerdem in den Annalen des Reichsgerichts.) (Bayern: Entsch. des obersten Gerichtshofes in Strafs. seit 1872, seit 1880: Entsch. des Münchener O. L. G. in Strafs. ꝛc. Sachsen: Annalen des Dresdener O. A. G. seit 1860.) — Zusammenstellung der Entsch. auf Grund des Reichsrechts: Pezold, Stiegele und Köhn Die deutsche Strafrechtspraxis 1876, 2. Bd. (von Zimmerle) 1879.

7. Commentare zum Str. G. B.: F. C. Oppenhoff 9. Ausg. v. J. P. Oppenhoff 1883. v. Schwarze 5. Aufl. 1883. Olshausen 1. Band 1880, 2. Band 1883. Rubo 2. Aufl. 1878. Rüdorff (Stenglein) 3. Aufl. 1881. (F. Meyer 2. Ausg. 1871. v. Kirchmann, Blum, Puchelt, Hahn 3. Aufl. 1877). Meves Die Strafgesetznovelle v. 26. Febr. 1876. 1876. Textausgaben mit Anmerk. von Rüdorff, Staudinger, Anders, Rubo u. s. w. Daude das Str. G. B. f. d. d. Reich. Mit den Entsch. des Reichsgerichts 1883. — Als Beginn eines Commentars erschien 1874 Binding die gem. d. Strafgesetzbücher vom 15. Mai 1871 und 20. Juni 1872. Akadem. Handausgabe mit Erläuterungen. Einleitung.

8. Lexika: v. Jagemann u. Brauer Criminallexikon 1854. Weiske Rechtslexikon 1839 f. v. Holtzendorff Rechtslexikon 3. Aufl. 3 Bände 1880, 1881. — S. auch v. Rotteck u. Welcker Staatslex. 3. Aufl. 1856 f. Bluntschli u. Brater Staatswörterbuch 1857 f.

9. Repertorien: Böhmer Handb. d. Litt. des Criminalrechts 1816. Kappler Handb. der Litt. des Criminalr. 1838. W. Engelmann Bibliotheca juridica 1840. Ders. Supplementheft 1849. Wuttig Bibl. juridica 1867. Roßberg Bibl. juridica 1877. — Uebersichten über die neueste Litteratur des Strafrechts und seiner Hülfswissenschaften in der Zeitschr. f. die ges. Strafrechtsw. u. im Centralblatt f. Rechtswiss.

Allgemeiner Theil.

Erstes Buch. Das Verbrechen.

Erster Abschnitt. Das Verbrechen im Allgemeinen und das Strafgesetz.

Erstes Hauptstück. Das Verbrechen im Allgemeinen.

§ 18. Der allgemeine (materielle) Begriff des Verbrechens.

Zu diesem und dem folgenden § vgl. H. H. II S. 87 (Schaper), IV S. 89 (Geyer). Hälschner S. 15, 81, 448. Berner § 71. Schütze S. 82. Meyer S. 117 (auch S. 86), 281. v. Wächter S. 117. v. Liszt S. 5, 9, 64. Stübel Ueber den Thatbestand der Verbrechen 1805. Birnbaum N. A. 1834 S. 149. Luden Abhandl. II 1840. Berner N. A. 1849 S. 142. Walther Krit. VJSchr. II S. 331; XI S. 289. John G. A. III S. 632. Seeger Abh. II 1 S. XV. Geyer Oesterr. VJSchr. IX (1862) S. 205. Merkel Criminalist. Abh. I 1867. Ihering Das Schuldmoment im röm. R. 1867. Wahlberg Die Individualisierung in der Strafrechtspflege I 1869 S. 108. Hälschner Gerichtss. 1869 S. 11, 81. Heißler Das Civilunrecht u. s. Formen 1870. v. Bar Die Grundlagen des Strafrechts 1869. Binding Die Normen und ihre Uebertretung I 1872 (namentlich S. 132). Wach Gerichtss. 1873 S. 446. Hälschner eb. 1876 S. 401. Thon Rechtsnorm u. subj. Recht 1878 S. 19. Hertz Das Unrecht und die allg. Lehren des Strafrechts 1880. (Sehr wenig hierher gehört Spir Recht und Unrecht 1879). Vgl. auch die Litteratur über die Strafrechtstheorien und Brinz Lehrb. der Pand. 2. Aufl. II S. 151.

I. Die ethische Begründung jeder Strafe ist oben im § 2 gegeben worden. Ihr Ergebniß ist zunächst: Jede auf den Willen eines Menschen zurückzuführende Uebelthat fordert Vergeltung durch Strafe. Allein damit ist noch nicht die Frage er-

ledigt, wem das Recht zu strafen dann zukomme, wenn die Bestrafung als ein Eingriff in anerkannte Rechte, also — da es an sich kein Recht gibt, Unrecht zu thun — als ein Unrecht erscheint. Nicht blos im Staat, sondern in viel ursprünglicheren menschlichen Gemeinschaften bildet sich dieses Recht wie andere Rechte durch Anerkennung der Betheiligten aus. Die ideale Forderung ist dabei die Bestrafung in die Hände Unparteiischer zu legen und ihrem Ausspruch die höchstmögliche Bürgschaft der Durchführung (Vollstreckung) zu sichern.

II. Eine weitere Frage ist die: inwieweit soll, inwieweit kann der Staat die Bestrafung von Uebelthaten in die Hand nehmen? Oder was dasselbe ist: Welche Uebelthaten sollen als Verbrechen erklärt und behandelt werden. Ihre Beantwortung ist abhängig von der Auffassung, welche man vom Staat, seinem Begriff und seinen Aufgaben hat. Die falsche Meinung, daß der Staat bloß Rechtszwecke zu verfolgen habe, führt dazu, dem Verbrechen die Rechtsverletzung als nothwendiges Merkmal zuzuschreiben, oder es als eine Art des „Unrechts" zu erklären.

III. Mit dem letzterwähnten Irrthum hängt zusammen die Bemühung eine principielle Gränzscheidung zwischen sogen. Civil- und Criminalunrecht zu vollziehen. Hierzu ist zu bemerken:

1. Die Fragestellung ist insofern unrichtig, als nur ein Theil der Verbrechen (vor Allem die Vermögensverletzungen) den Charakter des Unrechts haben.

2. Aber auch dieser Theil ist nicht durch einen allgemein gültigen Satz irgendwie abzugränzen gegen das Civilunrecht oder das „straflose" Unrecht. Im Allgemeinen gilt, wie gesagt: Jedes einem Menschen zurechenbare Unrecht (und jede andere einem Menschen zurechenbare Uebelthat) ist strafwürdig. Also jede Uebelthat, bei der auch nur ein Minimum von Fahrlässigkeit vorliegt. Hegel hat mit seiner Unterscheidung von befangenem und unbefangenem Unrecht in diesem Sinn etwas Richtiges ausgesprochen. (Das Verbrechen ist jedenfalls kein „principielles" Unrecht, es ist nicht schuldhaftes actives Verhalten des Willens gegenüber dem Recht, während das Civilunrecht bloß „negatives" Verhalten wäre; das Verbrechen verletzt nicht etwa „das Recht", während das Civilunrecht bloß „ein" Recht verletzt, denn in dem subjectiven Recht verletzt das letztere auch das objective Recht.)

3. Die Frage ist nur im Hinblick auf die historische Entwicklung, die verschiedene Volksanschauung und die gesammte Cultur, insbesondere die eigenthümliche Gestaltung der Staaten zu lösen. Die Formen und Gränzen jeder Staatsthätigkeit, also auch die der strafenden Thätigkeit, stehen nicht unwandelbar für alle Zeiten und Völker fest.

IV. Nähere Erwägungen mit besonderer Rücksicht auf den Durchschnitt unserer jetzigen europäischen Civilisation führen auf Folgendes:

1. a) Die Strafmittel, welche dem Staat zu Gebote stehen, sind zu äußerlich, derb und roh für eine Masse von Uebelthaten. Denselben Charakter des Aeußerlichen, Schwerfälligen und Unverhältnißmäßigen hat auch das Strafverfahren des Staats.

b) Die Anwendung der Strafmittel erfordert einen außerordentlich großen Aufwand an geistigen und materiellen Kräften. Das Strafen ist in Folge dessen ein Uebel für den Staat (Bentham, Wahlberg). Es zieht die mannigfaltigsten Unbequemlichkeiten, Kosten, Leiden aller Art nach sich, nicht bloß für den Schuldigen, sondern auch für Unschuldige. Darum entsteht die Frage: In welchen Fällen muß der Staat (für sich und seine Angehörigen) diese Uebel auf sich nehmen, weil das Uebel des Unbestraftbleibens von Verbrechen doch noch größer wäre? Gerechtigkeit nicht bloß gegen den Verbrecher, sondern gegen alle Glieder des Gemeinwesens!

c) Durch Einschreiten bei ganz unbedeutenden Fällen wird diesen der falsche Schein einer Wichtigkeit verliehen, welcher den Verletzten zum Hadern und zur Rachsucht anreizt, wo Ignorieren am Platze wäre.

d) Für eine Anzahl von geringeren Rechtsverletzungen genügt als Ausgleichung der civilrechtliche Zwang mit seinem Gefolge von mannigfaltigen Uebeln. Obwohl Schadensersatz und Strafe principiell verschieden sind, kann gleichwohl der Erstere, dem Uebelthäter auferlegt, die Functionen der Strafe versehen.

Alle diese Erwägungen (unter a, b, c und d) geben dem bekannten: minima non curat Praetor eine weittragende Bedeutung für das (staatliche) Strafrecht.

2. Viele Uebelthaten, obwohl bei weitem nicht geringfügiger Art, lassen keine präcise Bestimmung ihres Thatbestandes zu. Sie sind für die Fassung in einen „Rechtssatz“

oder gar in ein Gesetz im e. S. zu vielgestaltig, zu fein, sind juristisch genommen Imponderabilien. Insbesondere scheitert oft die Abgränzung gegen unzweifelhaft harmlose, nicht strafwürdige Handlungen gänzlich. Man läuft dann Gefahr, öfter Unschuldige als Schuldige zu treffen. Und doch muß festgehalten werden: Nullum crimen sine lege!

3. Der Staat kann sich nicht gleichgültig verhalten gegen die herrschende Volksanschauung. Er darf nur gegen solche Uebelthaten öffentliche Strafe verhängen, welche als Uebel für das Gemeinwesen empfunden werden, so daß das sittliche Bewußtsein des Volks eine Reaction durch die öffentliche Gewalt billigt. Sonst treten die Wirkungen der Bestrafung in Widerspruch zu der Idee der Gerechtigkeit und anderer sittlichen Ideen (Mißtrauen gegen Richter und Staat, Mitleid mit dem Verbrecher, Störnng der Verkehrsverhältnisse, Verwirrung des sittlichen, insbesondere des Rechts-Bewußtseins). In Betracht kommt also auch die Kraft der Selbstzucht der Individuen und der im Staat bestehenden Gesellungen (Selbstverwaltung der Gemeinschaften).

4. Nicht zu vergessen ist, daß der Staat neben der Strafrechtspflege eine Anzahl mindestens ebenso wichtiger anderer Aufgaben hat. Er darf sie nicht vernachlässigen, und muß so oft ein Compromiß schließen, um einen Ausweg aus der Collision von Pflichten zu finden, welche den Staat wie den Einzelnen bedrückt.

5. Für die Staatsverbrechen insbesondere kommt in Betracht die verschiedene Verfassungsform, der verschiedene Inhalt der Staatsthätigkeit, die verschiedene Festigkeit des Staatsgefüges (verschiedene Gesundheit und daher Empfindlichkeit des Staats — plurimae leges pessima respublica!)

Ergebniß: Der Staat soll nur solche bedeutendere Uebelthaten bestrafen, für welche ihm passende (gerechte) Strafmittel zu Gebote stehen und für welche der civilrechtliche Zwang nicht zureicht, deren Thatbestand sich ferner gesetzlich genau bestimmen läßt und bezugs welcher die geläuterte öffentliche Meinung, in ihnen ein Uebel für das ganze Gemeinwesen erkennend, staatliche Bestrafung verlangt oder diese mindestens nicht mißbilligt. Der Staat darf über der Strafrechtspflege nicht seine übrigen Aufgaben vernachlässigen und muß sein Strafrecht im Einklang halten mit einer fortschreitenden Entwicklung seiner Verfassung und seiner Verwaltungsthätigkeit.

§ 19. Das Verbrechen im formellen Sinne.

Jedes menschliche Verhalten, welches der Staat mit einer öffentlichen Strafe (und zwar nicht bloß einer Ordnungs- oder einer Disciplinarstrafe) belegt, ist ein Verbrechen im formellen Sinn des Worts. In diesem Sinne also ist Verbrechen = strafbare Handlung, Verbrechen im materiellen Sinne dagegen (s. den vorigen §) = strafwürdige Handlung.

Insofern der Staat in Strafgesetzen seinen Willen erklärt, daß eine Handlung Verbrechen sei, kann man das Verbrechen im formellen Sinne auch definieren als strafgesetzwidrige Handlung. In der gesetzlichen Bestimmung eines Verbrechensthatbestandes liegt zugleich das Verbot der diesem Thatbestand entsprechenden Handlungen oder Unterlassungen (Verbot im engeren Sinn, Prohibitivgesetz) bez. das Gebot gewisser Handlungen (zugleich ein Verbot; Gebot im e. S., Präceptivgesetz). In diesem Sinne also sind die Gesetze Imperative für alle ihnen möglicherweise Zuwiderhandelnde, in einem anderen für diejenigen, welche die Strafrechtspflege handhaben.

Das Verbrechen ist Gesetzwidrigkeit, aber nicht nothwendiger Weise bewußte Gesetzwidrigkeit, den Charakter der Rechtswidrigkeit aber hat es nur insofern, als das Strafgesetz einen Theil der Rechtsordnung des Staats bildet und als eine Handlung, zu deren Begehung ein von dem Staat anerkanntes Recht besteht, kein Verbrechen ist. (Seinem Begriff nach ist das Verbrechen allerdings Uebelthat, aber nicht speciell Rechtsverletzung. In Folge irrthümlicher Anschauungen macht indeß der Staat sogar Handlungen, die in keiner Weise den Charakter von Uebelthaten haben, bloß vermeintlich Uebles bewirkende Thaten also, zu Verbrechen [delicta mere juris civilis]).

Wegen Mangels der Rechtswidrigkeit in dem angegebenen Sinn sind insbesondere nicht strafbar:

1. Handlungen, welche in Ausübung einer vom Staat auferlegten Pflicht begangen werden. (Beamte, Militärpersonen.) Nicht damit zu verwechseln ist der Befehl eines Vorgesetzten. Auch wenn er in der gesetzlichen Form innerhalb des Zuständigkeitsgebiets des Befehlenden erfolgt, entschuldigt er den Gehorchenden nicht. Vgl. selbst § 47 Mil. Str. G. B. Z. 2

(„wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte“). Bloß subjective Entschuldigungsgründe, wie Furcht, welche Zurechnungsunfähigkeit oder Nothstand hervorruft, oder Irrthum können den Gehorchenden von Strafe befreien.

2. Handlungen, welche auf Grund und in den Gränzen einer vom Staat anerkannten Disciplinargewalt oder eines Züchtigungsrechts geschehen. (Kirche, Familie, Schule.) S. betreffs der Gränzen der kirchlichen Disciplinargewalt die badischen Gesetze vom 9. Oct. 1860 und 19. Febr. 1874, das württ. G. vom 30. Jan. 1862 (eine Detention im Besserungshaus bis zu 14 Tagen sei nicht als Freiheitsstrafe anzusehen!) Bayern: Concordat A. XII litt. d. Religionsedict (Verfassungsurkunde, Beil. II) §§ 40—43, 51—54, 71. — Preußen: Gesetz vom 12. Mai 1873. — Ueber das Züchtigungsrecht des Ehemanns s. die Entsch. des bayer. Cassationshofs vom 17. April 1875 (mit Beziehung auf bayer. Landr. Thl. I K. VI § 12 N. 2 und 3; er dürfe „mit Mäßigkeit“ züchtigen). Vgl. Freudenstein Das Erziehungsstrafrecht in Haus und Schule u. s. w. (Bl. f. pop. Rechtsw. I, 6) 1882. S. ferner Seemannsordnung §§ 72, 79. Gewerbeordnung § 127: „Der Lehrling ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen“.....

3. Handeln in einem vom Staat anerkannten Beruf (namentlich das Heilpersonal!).

4. Rechtlose, an denen straflos ein Verbrechen verübt werden könnte, gibt es heutzutage nicht. — Mißgeburten?? Todte? (§§ 168, 189). — Thiere? (§ 360 Z. 13; vgl. die §§ 293, 303).

5. Die Einwilligung des durch das Verbrechen Verletzten benimmt dem Verbrechen nicht seine Verbrechenseigenschaft, außer so weit es angemessen ist (bez. vom Staate beliebt wird), die freie Disposition über die betreffenden Güter zu gestatten, insbesondere auch bindende Verträge über dieselben anzuerkennen. Wenn man bei Verbrechen, die an Einwilligenden begangen werden, von Gesetzesverbrechen im Gegensatz zu Rechtsverbrechen spricht, beruht dies auf dem oben gerügten falschen Verbrechensbegriff. Ueber das volenti non fit injuria in strafrechtl. Hinsicht s. die Litteratur

bei Geib Lehrb. II S. 211. Hälschner Syst. I S. 233, Handb. S. 469. Dazu Oudeman Verhandelingen etc. 1873 p. 73. Betreffs der Tödtung und Körperverletzung Ortmann G. A. 1877. S. 104. Rödenbeck Der Zweikampf u. s. w. 1883 S. 28. Kronecker Gerichtss. 35. Bd. (1883) S. 219 (Litteratur in der Note zu S. 220). Ferri L'omicidio suicidio 1884.

6. Erlaubte Selbsthülfe ist auch außer den Fällen der Nothwehr gestattet, soweit sie nicht unter gewisse Strafgesetze, wie Nöthigung u. s. w. fällt (deutschrechtliche Pfändung).

§ 20. Insbesondere die Handlungen in Nothwehr.

H.H. II S. 137 (Schaper); IV S. 94 (Geyer). Berner § 85. Schütze S. 107. Meyer S. 296. v. Liszt S. 88. v. Wächter S. 174. Hälschner S. 473. Gratenauer Ueber die Nothwehr 1806. Zachariä N. A. 1841 S. 422, 1843 S. 344. Zöpfl eb. 1842 S. 118, 331. Berner eb. 1848 547. Krug Gerichtss. 1856 S. 371. Levita Das Recht der Nothwehr 1856. Geyer Die Lehre von der Nothwehr 1857. Seeger Abhandl. I S. 173. Wessely Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr 1862. Gregory Commentatio de inculpatae tutelae moderatione 1864. Rink Over noodweer 1874. v. Buri Gerichtss. 1875 S. 117, 1878 S. 459. Pernice Labeo II S. 21. Janka Der strafrechtl. Nothstand 1878 S. 1. Hertz a. a. O. S. 94. Wahlberg Ges. eb. Schr. III S. 71. Glaser Kl. Schriften I S. 201.

I. Nothwehr ist die mit einer an sich strafbaren Verletzung des Angreifers vollzogene Vertheidigung gegen einen gegenwärtigen widerrechtlichen Angriff. („Uneigentliche Nothwehr" hat für das Strafrecht keine Bedeutung.)

II. Begründung der Straflosigkeit des in Nothwehr Verübten. Angeborenes Recht (schon Cicero, und noch Gregory). Aufhebung des Rechts in dem Angreifer durch den rechtswidrigen Angriff und Vorbehalt der Privatgewalt im Staatsvertrag (Kant'sche Schule). Aufgehobene Möglichkeit der Coexistenz (Fichte, Zöpfl). Der Angegriffene sei nicht zurechnungsfähig (Stelzer, Jarcke, Temme, Hye). Nichtigkeit des Unrechts (Hegel'sche Schule. Anders Hälschner, dessen Ansicht verwandt ist mit der Jankas, zum Theil auch Wahlbergs). Janka: Nothwehr ist durch das Recht gewährleisteter durch ausnahmsweise gestattete Eigenmacht verwirklichter Schutz

widerrechtlich bedrohter Güter — Interessen — des Rechts u. s. w. Nothwehr ist Durchsetzung des Rechts, der widerrechtliche Angriff darf mit allen Mitteln zurückgeschlagen werden. Die altbekannte „Todtschlagsmoral". — Richtige Begründung: Der natürliche Trieb der Selbsterhaltung (nicht zu verwechseln mit einem angebornen Recht) ist vom Staat zu berücksichtigen. Ferner ist zu erwägen, daß die Nothwehrhandlung, in den richtigen Gränzen gehalten keine Uebelthat mit dem Charakter des Verbrechens (Uebel für die Gesammtheit) ist. Allerdings erscheint sie zugleich als Mitwirkung zur Verhinderung von Verbrechen (s. Wahlbergs „den Privatpersonen zugestandene verwaltungsrechtliche Zwangsgewalt"). Aber wo die Nothwehr die Schranken der Verhältnißmäßigkeit überschreitet, verletzt sie das Princip der Gerechtigkeit, welches für jeglichen Zwang maßgebend ist. Dabei muß man sich in die Lage des Angegriffenen zu versetzen trachten, um zu finden, was im Namen der Gerechtigkeit von ihm zu fordern war.

III. Geschichtliche Entwicklung. Cicero pro Milone c. 4: Est haec non scripta sed nata lex..... Silent enim leges inter arma. L. 1 § 27 D. de vi et vi arm.: Vim vi repellere licere Cassius scribit: idque jus natura comparatur. L. 3 D. de just. et jure: (Juris gentium est s. l. 2 § 4).... ut vim atque injuriam propulsemus. L. 45 § 4. D. ad leg. Aquil.:... vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. L. 3 § 9. D. de vi et vi arm.: Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere sed hoc confestim, non ex intervallo.... In l. 1 C. unde vi kommt der Ausdruck inculpatae tutelae moderatio(ne) vor. — L. 5 C. de executor. et exact.:.... licebit provinciali, etsi probatur obnoxius, exsecutoris contra vetitum exactionem sibi vindicantis temeritatem legitime repellere. Nov. 124 c. 3 i f.:... et si plus ab illis exigere velint, licentiam habeant illis resistendi. Vgl. l. 5 C. de jure fisci, l. 4 § 7 C. de discuss., l. 5 C. de metat.

Im deutschen Alterthum Tödtungsrecht. Der Ausdruck „Notwer" zuerst im Wiener Stadtrecht vom 18. Oct. 1221 (s. Geyer Lehre v. der Nothw. S. 116). — PGO. Art. 139 bis 145, 150. — Im französischen Strafgesetzbuch und seinen Tochterrechten wird die Nothwehr als gerechtfertigte Tödtung oder Körperverletzung im besonderen Theil behandelt.

IV. Der § 53 StrGB. — Begriffsmerkmale:

1. Ein rechtswidriger Angriff. Nicht identisch mit „strafbarer“ Angriff. Angriff eines Zurechnungsunfähigen (Nothstand)?

2. Ein gegenwärtiger Angriff. Er ist vorhanden, sobald unmittelbare Gefahr eines Verlustes irgend welcher Güter durch denselben droht und endet nicht nothwendigerweise mit der Vollendung des etwa im Angriff liegenden Verbrechens. Vgl. RGE. 24. Sept. 80 (Ann. II S. 289).

3. Der Angriff kann gegen Rechte und sonstige Güter jeder Art gerichtet sein („Unersetzliche Rechte“? Eigenthum? Vgl. RGE. 4. Dec. 1879 [Ann. I S. 113.] Ehre?). Natürlich muß er thatsächlich so beschaffen sein (oder dem Angegriffenen so erscheinen, daß ihm gewaltsame Abwehr entgegengesetzt werden kann.

4. Der Angriff muß in eine Nothlage versetzen; die Nothwehr muß „erforderlich“ sein. Wenn die Staatshülfe bereit ist, wenn sie rechtzeitig angerufen werden kann, wenn ein anderes nicht gewaltsames, nicht Rechte oder sonstige Güter Anderer verletzendes Mittel der Abwehr ergriffen werden kann (z. B. unschimpfliche Flucht), so liegt keine Noth vor. Ein absolutes „Recht der freien Bewegung“ gibt es nicht, ebensowenig ein modernes Fehde- und Faustrecht.

5. Das Maß der Vertheidigung ist nach dem StrGB. leider unbeschränkt. Der Angegriffene kann so weit gehen als „erforderlich“ ist den Angriff abzuwehren, und auch das äußerste Mittel ergreifen, um einen zweifellos geringfügigen Verlust abzuwenden, wenn kein anderes Mittel zu Gebote steht (den fliehenden Apfeldieb erschießen).

6. Nothwehr ist in gleicher Weise zum Schutz eines Anderen, wie zum eigenen Schutz gestattet.

7. Der Exceß der Nothwehr (Ueberschreitung der Gränzen der Nothwehr) ist zu unterscheiden von dem Prätext der Nothwehr (Vorwand der Nothwehr). Der erstere kann aber strafbarer sein als der letztere. Eine besondere Vorschrift über ihn ist nicht nöthig. Unser Gesetzbuch gibt unrichtigerweise eine solche in Abs. 3 des § 53. — Daß der § 59 des StrGB. auf die in Nothwehr oder vermeintlicher Nothwehr verübten Handlungen anzuwenden ist, bedarf keines Beweises. S. RGE. 20. Oct. 1879 (I S. 23).

8. Ueber das Verhältniß von (strafbarer) Nöthigung (§ 240 StrGB.) und Nothwehr s. die interessanten RGE. vom 13. Jan. 1881 (II S. 735), vom 11. Oct. 1882 (IV S. 743), vom 18. Juni 1881 (III S. 416) und das RGE. vom 13. Nov. 1882 (IV S. 806), welches ausdrücklich anerkennt, daß man den „unberechtigten Eindringling", der ohne verbrecherische Absicht ein fremdes Grundstück betritt, todtschlagen können, wenn seine Entfernung „nicht anders thunlich" ist. (Vgl. über Schutzmaßregeln gegen mögliche Beschädigungen Bekker Theorie I S. 604. Böhlau G. A. 1865 S. 472. v. Bar Die Lehre vom Caussalzusammenhang 1871 S. 85. v. Buri Ueber Caussalität u. s. w. 1873 S. 94. Hälschner S. 477. Rotering G. A. 1882 S. 415. Sommerlad Ueber die Straflosigkeit der durch Anbringen von Vorsichtsmaßregeln u. s. w. verursachten Rechtsgüterverletzungen 1883).

Ueber die Berufung auf Nothwehr bei Raufhändeln s. RGE. 27. Nov. 1880 (Entsch. III S. 236). Der Einwand schütze nur denjenigen, welcher ohne sein Verschulden in die Schlägerei hineingezogen worden ist. Auf Nothwehr kann sich natürlich auch der nach § 227 „Angegriffene" möglicherweise berufen. Richtig auch die Entsch. des bad. Oberhofg. vom 23. Oct. 1875 (Bad. Ann. 42 S. 13): es könne Jemand wegen Betheiligung an einer Schlägerei bestraft werden, wenngleich er betreffs einer bei der Schlägerei verübten Tödtung oder schweren Körperverletzung wegen Nothwehr freigesprochen wurde.

9. Nothwehr gegen Nothwehr gibt es nicht.

§ 21. Eintheilungen der Verbrechen. Insbesondere die Dreitheilung in Verbrechen (im e. S.), Vergehen und Uebertretungen.

H. H. II S. 98 (Schaper), IV S. 90 (Geyer). Berner § 72. Schütze S. 82. Meyer S. 120. v. Wächter S. 118 (vgl. Sächsisch-Thüring. Strafr. S. 296). v. Liszt S. 66. Binding S. 53 (87). Hälschner S. 462. Vgl. die Litt. ebenda N. 1 zu S. 463 und insbesondere Geyer Krit. VJSchr. XII S. 164. Binding der Entw. u. s. w. S. 44. Ferner Voitus Gerichtss. 1874 S. 513 und Dochow Rechtslex. I S. 656.

I. Unbrauchbare Eintheilungen: Determinierte (bestimmte, einfache) und indeterminierte (vage, alternative, vielfache)

Verbrechen (Feuerbach, Martin; dagegen Luden Abhandl. II S. 156). Rechts- und Gesetzesverbrechen (v. Wächter). — Staats- und Privatverbrechen (neben den ersteren müssen noch Verbrechen gegen andere Gemeinschaften außer dem Staate ebenfalls als öffentliche Verbrechen eingereiht werden).

II. Politische Verbrechen? Der Ausdruck kommt vor in Auslieferungsverträgen, im Bundesconsulatsgesetz vom 8. Nov. 1867 § 22, im Rechtshülfegesetz v. 21. Juni 1869 § 27 (Reichswahlgesetz vom 31. Mai 1869 § 3). Auf das Motiv kann dabei, so sehr dieß, besonders betreffs der internationalen Rechtshülfe, wünschenswerth wäre, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Im eigentlichen Sinne wird man die nicht bloß gegen die Staatsverwaltung gerichteten Staatsverbrechen politische Verbrechen nennen können. Vgl. Wahlberg Ges. kl. Schr. III S. 18 (aus Grünhuts Zeitschr. VII S. 499). Teichmann Revue de droit intern. XI p. 475. Brusa Arch. di scienze giurid. e sociali II p. 87. v. Holtzendorff Die Auslieferung der Verbr. u. das Asylrecht 1881. Oxforder Beschlüsse des Instituts für Völkerrecht (13, 14). v. Liszt Verh. des 16. deutschen Juristentages 1882 S. 17.

III. Die Dreitheilung in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen (§ 1 Str. G. B.).

1. Grundlage: A. 1 des C. pénal. Bayr. Str. G. B. von 1813, A. 2 (s. [v. Lang] Birman, Strafgesetzbuch 1822 S. 12. Cucumus Ueber die Eintheilung der Verbr., Verg. u. Uebtr. in den Strafgesetzbüchern 1824). Oldenb. StrGB. 1814 u. 1858, Preuß. StrGB., Bayr. StrGB. von 1861.

2. Angebliche „processuale“ Gründe. S. aber das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz! Und selbst wenn die Eintheilung für das Strafproceßrecht Werth hätte, müßte es verkehrt genannt werden, daß man das materielle Strafrecht durch eine ihm widerstrebende Eintheilung verunstaltet.

In den Motiven zum nordd. Entw. wurde noch insbesondere der „praktische Vortheil“ hervorgehoben: „sich der seit nahe an zwanzig Jahren in dem größeren Theile Norddeutschlands bereits heimischen, Juristen und Laien (??) geläufigen Dreitheilung anschließen zu können“. Kann man das wirklich eine Begründung nennen?

3. Unmöglichkeit einer rationellen Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen.

Innere Unterscheidungsmerkmale könnten sein:

a) Der Gegensatz von dolosen und culposen Uebelthaten (das Gesetzb. von San Marino; Regel und Ausnahme!).

b) Der Gegensatz von ehrlichen und unehrlichen Thaten. Aber die Motive sind nur ausnahmsweise für den Thatbestand maßgebend, wichtig immer für die Strafzumessung.

c) Die verschiedene Wichtigkeit der Angriffsobjecte der Verbrechen. Staatliche Güter u. s. w. Leben, Freiheit u. s. w. Aber die Beeinträchtigung dieser Güter stuft sich von den schwersten bis zu den leichtesten Eingriffen ab; dazu kommt der Gegensatz von dolosen und culposen Beeinträchtigungen.

Bleibt also nur eine äußerliche Unterscheidung nach der Höhe der Strafdrohung (der Strafe in hypothesi) oder der wirklichen Bestrafung (der Strafe in thesi) übrig. Die letztere wäre immer noch rationeller als die erstere.

4. Unser Strafgesetzbuch unterscheidet im § 1 nach der Strafdrohung. Dabei findet sich zunächst der „Rechnungsfehler", daß die Gränze zwischen Verbrechen und Vergehen erstens Zuchthaus von einem Jahr, zweitens Festungshaft von fünf Jahren und drittens Gefängniß von fünf Jahren bildet, so daß (vgl. § 21) achtzehn Monate Gefängniß = 40 Monaten = 60 Monaten Gefängniß gesetzt sind!

S. ferner § 28 Abs. 2, § 185: Haftstrafe bei Vergehen; § 57 Abs. 4 Verweis bei Vergehen und Uebertretungen.

5. Maßgebend für die Qualification einer Handlung als Verbrechen, Vergehen oder Uebertretung ist die höchste Strafe, welche für die Handlung angedroht ist. Es ist also auch bei wahlweiser Androhung nur die höchste angedrohte Strafe maßgebend (unrichtig Binding S. 55 unter a und theilweise S. 56 unter 3). Die allgemeinen Milderungsgründe (vgl. § 57 StrGB.), die besonderen (s. z. B. § 157), die „mildernden Umstände" kommen dabei nicht in Betracht. Vgl. RGE. 22. Nov. 1880 (II S. 547). Die Folge davon ist, daß ein „Verbrechen" möglicherweise mit einem Tag Gefängniß, ein „Vergehen" mit fünf Jahren Gefängniß bestraft wird (vgl. z. B. die §§ 272, 273, 332 StrGB., 212 Conc. Ordn.)

6. Faßt man überhaupt die Durchführung der Dreitheilung in unserem Recht näher ins Auge, so zeigen sich die bedenklichsten Willkürlichkeiten. Zum Theil ist der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen auf den bloßen Zufall gestellt, vgl. § 117 mit § 118, § 223 mit 224, § 239 Abs. 1 mit Abs. 2 und 3; Zweikampf ist in den Fällen des § 206 „Verbrechen", einfacher Diebstahl, Unterschlagung, Untreue, in der Regel der Betrug, sind „Vergehen", vgl. unten § 32 IV. — Das führt zur Verwirrung der sittlichen Begriffe des Volks, zumal da Zuchthaus die Verbrechensstrafe κατ᾽ ἐξοχὴν ist und diese einen entehrenden Charakter hat (s. unten § 47 I). Es handelt sich also bei der Dreitheilung nicht bloß um eine im Ganzen ziemlich nebensächliche Namensfrage, wie die um Gründe verlegenen Vertheidiger derselben sagen.

7. Die Dreitheilung hat überhaupt zu manchen Mißgriffen in unserem StrGB. Anlaß gegeben. Hierher gehört:

a) Die Bestimmung, daß der Versuch eines Vergehens nur ausnahmsweise, der einer Uebertretung nie bestraft wird (§ 43 — das erstere ist verfehlt!).

b) Die Bestimmung, daß nur durch (Gewalt oder) Bedrohung mit Verbrechen oder Vergehen Nöthigung (§ 240), nur durch Bedrohung mit Verbrechen die im § 241 verpönte Bedrohung begangen werden kann (besonders § 241 tadelhaft).

8. Der Einfluß der Dreitheilung zeigt sich ferner noch in folgenden Bestimmungen des Strafgesetzbuchs:

a) Im Ausland begangene Verbrechen und Vergehen können nach Maßgabe der §§ 4 und 5 bestraft werden (s. auch den Ausdruck Münzverbrechen in § 4 Z. 1). Im Ausland begangene Uebertretungen sind (nach § 6) nur dann zu bestrafen, wenn dieß durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.

b) Der § 40 gestattet Einziehung einzelner Gegenstände bei vorsätzlichen Verbrechen und Vergehen. Durch besondere Bestimmungen ist sie aber auch bei Uebertretungen zugelassen (s. unten § 52 I 2).

c) Beihülfe zu Uebertretungen und Begünstigung von Uebertretern ist straflos (§§ 49, 257).

d) Nur bei Vergehen und Uebertretungen kann die Strafe des Verweises über jugendliche Personen verhängt werden (§ 57 Z. 4).

e) Für die Umwandlung der Geld- in Freiheitsstrafe gilt bei Uebertretungen ein anderer Maßstab als bei Verbrechen und Vergehen (§ 29).

f) Die Fristen für die Verjährung der Strafverfolgung sind verschieden, für Verbrechen, für Vergehen und für Uebertretungen (§ 67).

g) Nach § 151 sind strafbar gewisse Verbreitungshandlungen zum Zweck eines Münzverbrechens.

h) In § 157 Z. 1 ist Voraussetzung der Strafmilderung die Gefahr einer „Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens".

9. Durchführbar wäre eine Zweitheilung in Verbrechen und Polizeiübertretungen. Aber nicht etwa so, daß man in den letzteren bloße „Gesetzesverbrechen" oder „formelle" Delicte, bloßen Ungehorsam, oder „gefährliche" Handlungen erblicken darf. Auch bloß gefährliche Handlungen sind Uebelthaten, insoweit die Gefahr ein Uebel ist, sie können darum auch als Verbrechen behandelt werden. Aber Handlungen, die nicht immer, sondern nur regelmäßig oder in den meisten Fällen eine Gefahr für die vom Staat zu schützenden Güter in sich tragen, mag man füglich bloß polizeiwidrig nennen. Sind die unter das Polizeigesetz fallenden Handlungen im einzelnen Fall nicht gefährlich, so verlieren sie allerdings ganz und gar den Charakter von Uebelthaten oder Verbrechen im materiellen Sinn des Wortes, sind delicta mere juris civilis und die Strafe nimmt dabei den Charakter einer Ordnungsstrafe an. Der unter solcher Voraussetzung von der Polizeistrafe Betroffene muß ihre Abbüßung als ein Opfer ansehen, das er der allgemeinen Wohlfahrt bringt.

Unser StrGB. hat in den Abschnitt von den Uebertretungen in der That zwar vorwiegend polizeiwidrige Handlungen gestellt. Die falsche Dreitheilung nach der Höhe der Strafe in thesi hat aber doch dazu geführt, eine Anzahl von strafbaren Handlungen unrichtigerweise hier, statt bei den verwandten Vergehen einzureichen. Vgl. die §§ 361 Z. 9, 363, 364, 368 Z. 9 (10 und 11?), 370 Z. 1, 2, 4, 5, 6. Umgekehrt würden manche „Vergehen" passender ihren Platz unter den Polizeiübertretungen gefunden haben. So z. B. die Nichtanzeige schwerer Verbrechen (§ 139), Bildung bewaffneter Haufen (§ 127), Theil-

nahme an geheimen Verbindungen (§ 128) und manche Einzelheiten aus den übrigen Thatbeständen, welche das Str. G. B. im 7. Abschnitt des zweiten Theils aufstellt.

Zweites Hauptstück. Das Strafgesetz.

§ 22. Begriff und zeitlicher Wirkungskreis des Strafgesetzes.

H. H. II S. 25 (Schwarze). Berner § 146. Meyer S. 86, 94. Schütze S. 42, 48. v. Wächter S. 78. v. Liszt S. 47. Hälschner S. 81, 116. Zachariä Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze 1834. Berner Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen 1853. v. Wächter G. A. 1860 S. 1. Hälschner eb. S. 441. John eb. 1861, S. 297, 361, 505. Seeger Ueber die rückw. Kraft neuer Strafg. (Abhandl. II 1. Abth.) 1862. R. Schmid Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitl. Gränzen 1863. Gabba Della retroattività in materia penale 1869. Pulvermacher G. A. 1871 S. 5. v. Buri Gerichtsſ. 1871 S. 161. Francke G. A. 1872 S. 14. Binding Normen I S. 78. Regelsberger im Rechtslex. III S. 496. — Insbesondere über den Fall, wenn ein früher von Amtswegen verfolgbares Verbrechen nach neuem Recht nur auf Antrag verfolgt werden darf, Aufsätze in G. A. 1871 (v. Bar, Fuchs, Koch, Specht, Hälschner, Spinola, Rönne). Binding a. a. O. S. 89. Fuchs Anklage und Antrags-Delicte 1873 S. 14. (Vgl. dazu A. III des Ges. betr. die Abänderung von Bestimmungen des StrGB. u. s. w. vom 26. Febr. 1876.)

I. Gesetz ist der verfassungsmäßig ausgesprochene Wille des Staatsoberhauptes, daß etwas Recht sei. (Promulgation, Publikation). Vgl. die Art. 2, 5, 17 der Reichsverfassung. Ferner die §§ 1, 2, 6, 7 E. F. G. zum StrGB. Endlich § 2 des StrGB.

Unter „Strafgesetz“ und „Gesetz“ ist nicht bloß das „Gesetz“ im Sinn des constitutionellen Staatsrechts (im Gegensatz zur Verordnung) zu verstehen, sondern überhaupt geschriebenes Recht, also auch eine Verordnung, welche auf Grund verfassungsmäßiger (gesetzlicher) Ermächtigung erlassen ist (kaiserliche, königliche u. s. w., Ministerial-, Polizeiverordnungen).

II. Die Strafgesetze sind bei uns entweder absolut bestimmt oder relativ bestimmt. Absolut unbestimmte kommen nicht vor (anders z. B. der § 525 des österr. StrGB., der aber doch durch § 500 nähere Begränzung erhält, so daß nur die im § 240 aufgezählten Strafen anwendbar sind). Ein absolut unbestimmtes Strafgesetz stünde sogar im Widerspruch mit § 2: ... „wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war". Absolute Bestimmtheit ist ein Verstoß gegen die Gerechtigkeit. In unserem StrGB. ist die Todesstrafe absolut angedroht; im Mil. StrGB. dagegen findet sich neben absoluten Androhungen der Todesstrafe (in dem § 63 Z. 1, 71, 72, 73, 84, 107, 108, 159) auch (alternative) Androhung derselben neben Zuchthausstrafe (§§ 58, 60, 133), neben Gefängniß oder Festung alternativ (§§ 95 Abs. 2, 97 Abs. 3, 141 Abs. 2), ja neben bloßer Festungshaft (§ 62 Z. 2 und 3).

Theoretisch das Richtigste ist: Bloße Bestimmung des Strafmaximums durch das Gesetz, während dem Richter nach unten hin keine Schranke gezogen ist. Das erstere ist gefordert durch den Satz: nulla poena sine lege, das zweite, weil ein Sprung von der Straflosigkeit zu bedeutender Strafe nicht der Stetigkeit in den dabei zu berücksichtigenden Verhältnissen entspricht. Also nicht Abschaffung des Strafmaßes, sondern vielmehr Abschaffung aller sog. „besonderen Strafminima!" —

III. Man kann sagen, daß die Rückwirkung neuer Strafgesetze die Regel sein soll. Irgend ein „erworbenes Recht" des Verbrechers auf Bestrafung nach dem Gesetz, unter dessen Herrschaft er delinquiert, besteht nicht. Im Strafgesetz spricht der Staat implicite seine Ueberzeugung aus, daß richtige (gerechte) Handhabung seiner Strafgewalt von jetzt an (bis zu einer Aenderung der Gesetzgebung) nur auf Grund des neu gegebenen Gesetzes, nicht auf Grund früherer dem neuen Gesetz widersprechender Vorschriften erreichbar ist. Nur wo es sich um ein delictum juris civilis handelt, ist die Nichtrückwirkung des strengeren Gesetzes zu fordern. Wenn dagegen in den meisten neueren Gesetzen allgemein die nichtrückwirkende Kraft der strengeren Strafgesetze proclamiert wird, so läßt sich dafür neben vagen Humanitätserwägungen nur anführen, daß auf solche Weise der Cabinetsjustiz und der Willkür der Machthaber ein Riegel vorgeschoben wird.

IV. Der § 2 StrGB. treibt die Milde soweit, daß im Abs. 2 verfügt wird: „Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden". Eine Bestimmung ohne irgend eine juristische oder logische Grundlage, aus falschem Streben nach Humanität hervorgegangen.

V. Die Vergleichung verschiedener Strafgesetze nach ihrer Milde hat oft große Schwierigkeiten. Dabei müssen sämmtliche strafrechtlich irgend erhebliche Momente erwogen werden. Also nicht bloß der Name und die Quantität, sondern auch die Qualität der Strafen, und zwar auch der Nebenstrafen, alle Bestimmungen über die Schuld- und die Strafausschließungs-, Schärfungs- und Milderungsgründe. Insbesondere ist Verjährung und Antragserforderniß nach demjenigen Recht zu beurtheilen, welches dem Beschuldigten günstiger ist (richtig Art. III des erwähnten Gesetzes vom 26. Febr. 1876).

Was den Begriff der „Begehung" der Handlung betrifft, so ist diese nicht identisch mit der Vollendung der That, sondern mit dem Abschluß der (Körper-)Thätigkeit des Verbrechers.

Vgl. RGE. 29. Sept. 1880 (II S. 280): „Wenn der Thatbestand aus einer Mehrheit von Acten sich zusammensetzt und ein Theil derselben in eine Zeit fällt, in welcher ein die betreffende Strafthat*) mit milderer Strafe bedrohendes Gesetz galt, ist die Strafe lediglich nach demjenigen, wenn auch härteren, Strafgesetz zu bestimmen, unter dessen Herrschaft die die Strafthat*) vollendende (?) Handlung — die Handlung, mit welcher die verbrecherische Thätigkeit sich beendigte — stattgefunden hat. Denn dieses Strafgesetz erscheint als dasjenige, unter dessen Herrschaft die als eine Einheit aufzufassende strafbare Handlung begangen ist. (Vgl. RGE. vom 9. Sept. 1880, II S. 210).

Sind beide Gesetze gleich mild, so wird nach unserem StrGB. (§ 2 Abs. 1: „bevor die Handlung begangen wurde") das ältere Gesetz angewandt (das Entgegengesetzte wäre richtiger).

Mit Unrecht hat man den von Fries u. A. im Reichstag gestellten Anträgen nicht statt gegeben, welche eine entsprechende

---

*) Der neuestens sehr beliebte Ausdruck „Strafthat" ist unrichtig, „Strafthat" könnte (vgl. Wohl-, Uebel-, Gut-That) nur eine That genannt werden, welche Strafe zufügt, also die That des Strafrichters bezw. des Vollstreckers der Strafe.

Einwirkung des neuen Gesetzes auf die bereits früher erkannten (selbst rechtskräftig erkannten) aber noch nicht vollstreckten Strafen festzustellen bezweckten. Weder das Princip der Rechtskraft, noch gar die Schwierigkeiten der Durchführung dürfen einer solchen Forderung der Gerechtigkeit gegenüber den Ausschlag geben. Man denke an Vollzug der Todesstrafe unter einem neuen Gesetz, die (wenigstens für die betreffende Verbrechensart) die Todesstrafe abgeschafft hat, an die Vollstreckung lebenswieriger Strafe für ein Verbrechen, auf welches nicht mehr lebenslange Strafe gesetzt ist u. s. w. Man hat nur theilweise durch entsprechende Bestimmungen der Einführungsgesetze geholfen; im Uebrigen war man auf den Weg der Gnade verwiesen. So namentlich in Preußen. Vgl. dagegen bayr. Einführungsg. A. 37, 41, 46 ff., württemb. A. 10 ff.

VI. Was die Endigung der Wirksamkeit des Gesetzes betrifft, so gilt im Strafrecht nichts besonderes.

§ 23. Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes (s. g. internationales Strafrecht). 1. Im Allgemeinen.

H. H. II S. 30, IV S. 67 (Schwarze). Berner § 150. Schütze S. 52. Meyer S. 99. v. Liszt S. 51. Hälschner S. 129. Tittmann Die Strafrechtspfl. in völkerrechtl. Hinsicht 1817. Abegg Ueber die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen 1819. Witte Meditationes de jure crim. international. 1843. Berner Wirkungskreis S. 80. Zachariä N. A. 1852 S. 35. Arnold Gerichtss. 1857 I S. 321. Schwarze eb. 1860 S. 177. R. v. Mohl Die völkerrechtl. Lehre vom Asyle, (Staatsrecht, Völkerrecht u. Pol. I S. 637). Krug Abhandl. (Commentar 4. Abth.) S. 1. v. Bar Das internationale Privat- u. Strafrecht 1862 S. 504. R. Schmid a. a. O. S. 149. Bremer Gerichtss. 1865 S. 418. Heinze G. A. 1869 S. 559, 609, 673, 737. Ders. Staatsrechtl. u. strafrechtl. Erört. S. 115. v. Bar G. A. 1870 S. 87. Ders. Krit. VJSchr. 15 S. 41, Gerichtss. 1876 S. 441, 481. Binding Der Entwurf u. s. w. S. 116. v. Wächter Beitrag zur Gesch. u. s. w. S. 74. Spinola G. A. 1872 S. 321. Herbst eb. S. 332. v. Schwarze eb. 1873 S. 64. v. Rohland Das internationale Strafr. I 1877 (darüber Krit. VJSchr. N. F. I S. 453). Verhandl. des 16. deutschen Juristent. 1882

I S. 3 (v. Liszt, auch abgedruckt in der Zeitschr. II S. 50); II 1883 S. 296, 340. v. Bar Gerichtss. 34 S. 481. Geyer Zeitschr. für die gebild. Welt. III S. 105. v. Bar Gerichtss. 35 S. 561. v. Püttlingen Handb. des in Oesterreich-Ungarn geltenden internat. Privatrechts 2. Aufl. 1878 S. 500. Lammasch Zeitschr. III S. 376. Hêlie Traité de l'instr. crim. § 125 (Belgische Ausg. 1863 I p. 323). Mangin Traité de l'action publique etc. 3. éd. 1876 I. p. 70. Wharton A treatise on the conflict of laws 2 ed. 1881. Carrara Opuscoli di dir. crim. II 1870 p. 389. Ders. Programma etc. Parte gen. 5. Ed. 1877 II p. 608. Lucchini Riv. penale I p. 312. Paretti Dei reati estraterritoriali 1875. Fiore Effetti internaz. delle sentenze II 1877 p. 7. Goos Den danske strafferet 1875 I p. 207. Geyer im Rechtslex. I S. 188.

Principien des sog. internationalen Strafrechts.

1. Das Territorialprincip. Leges non obligant extra territorium.

2. Das Subditions- oder Personalprincip, „actives Nationalitätsprincip". Quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium.

3. Das Schutz- oder Realprincip (passives Nationalitätsprincip) — in weitester Ausdehnung in Verbindung mit dem Personalprincip bei Rohland.

4. Das Weltrechtsprincip. Dieses allein entspricht einer höheren Auffassung von der gemeinsamen Verpflichtung der Staaten, die Verbrechen zu bekämpfen. Keineswegs wird dabei verlangt, daß jeder Staat verpflichtet sei, alle irgendwo vorkommenden Uebelthaten zu strafen, sobald und so oft ihm dies möglich ist. Vgl. dagegen schon das in § 18 oben über den Begriff des Verbrechens Ausgeführte. Ferner kommt in Betracht:

a) Es muß sich um Verbrechen handeln, welche nicht delicta mere juris civilis sind. Hierbei ist nicht außer Acht zu lassen, daß bei richtiger Auffassung der Schuldfähigkeit der Ausländer sehr häufig darum nicht gestraft werden kann, weil er der Culturstufe des Volks entsprechend, dem er angehört, nichts Strafwürdiges in einer Handlung erblickt, die unser Staat zum Verbrechen gemacht hat (vgl. unten § 30 IV).

b) Der Satz minima non curat praetor findet hier, namentlich betreffs der im Ausland von Ausländern begangenen Verbrechen, wo Unverhältnißmäßigkeit von Mittel und Zweck in viel größerem Umfang eintritt, Anwendung auf viel bedeutendere Uebelthaten als dieß der Fall ist bei den im Inland begangenen Verbrechen.

c) Bei jenen Staatsverbrechen, welche man „politische“ zu nennen pflegt, ist als Regel das völkerrechtliche Asylrecht anzuerkennen.

d) Die Weltrechtspflege muß überhaupt nicht unbedingt in der Form der Bestrafung des Ausländers gehandhabt werden. Es empfiehlt sich vielmehr möglichste Ausdehnung der Auslieferungsverträge und erst in zweiter Linie Bestrafung desjenigen, dessen Auslieferung aus irgend einem Grund nicht ausführbar ist. Das Recht der Auslieferung ist aber wirklicher Begründung nur fähig vom Standpunkt des Weltrechtsprincips.

Von den deutschen Strafgesetzbüchern haben das braunschweigische und das sächsische sich dem richtigen Princip angenähert. Aber es gilt auch seit 1803 in Oesterreich; s. die §§ 38—41 des StrGB. von 1852 (und schon die §§ 32—34 des StrGB. von 1803 I. Theil). Dagegen machte der Entw. von 1867 einen Rückschritt (s. meine Besprechung u. s. w. S. 9) und in der Hauptsache ebenso die späteren Entwürfe (s. Geyer Grünhuts Zeitschr. II S. 326).

§ 24. 2. Insbesondere die Bestimmungen unseres Rechts.

I. Die Strafgesetze des deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Inland begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Thäter ein Ausländer ist (§ 3 Str. G. B.). Unter Ausland ist jedes nicht zum deutschen Reich gehörige Gebiet zu verstehen (§ 8), unter Inland also jedes zum deutschen Reich gehörige Gebiet. (Harburger Der strafrechtl. Begriff Inland und seine Beziehungen zum Völkerrecht und Staatsrecht 1882. Darüber Kr. VISchr. N. F. V S. 448). — Betreffs der Brücken, die über einen Gränzfluß führen, s. RGE. vom 3. Jan. 1884 (A. IX S. 89).

Es gibt aber Personen, die aus staats- oder völkerrechtlichen Gründen der Strafgewalt des Staates nicht unterworfen sind. So:

a) Aus staatsrechtlichen Gründen: 1. Das Staatsoberhaupt (Regenten oder Reichsverweser in beschränkter Weise). 2. Kein

Mitglied des Reichstags darf zu irgend einer Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufs gethanen Aeußerungen gerichtlich oder disciplinarisch verfolgt oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden (A. 30 der Reichsverfassung). Kein Mitglied eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats darf außerhalb der Versammlung, zu welcher das Mitglied gehört, wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufs gethanen Aeußerung(en) zur Verantwortung gezogen werden (§ 11 Str. G. B.). Vgl. dazu Herrmann N. A. 1853 S. 341. Zachariä Der Art. 14 der preuß. Verfassungsurkunde 1866. v. Bar Die Redefreiheit u. s. w. 1868. Schulze Preuß. Staatsr. II 1872 S. 165. Haager Gerichtss. 1873 S. 267. Heinze Die Straflosigkeit parlamentarischer Rechtsverletzungen u. s. w. 1879 (Kr. VJSchr. N. F. II S. 389). Schleiden Die Disciplinar- und Strafgewalt parlament. Versammlungen 1879. Zimmermann G. A. 1883 S. 197 (vgl. mit der dort besprochenen R. G. E. die vom 22. Febr. 1882 — IV S. 183.) Kißling Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten u. s. w. 1882 (Kr. VJSchr. N. F. VI S. 489). John Rechtslex. III S. 312. Fuld Gerichtss. 35 S. 529.

S. RGE. 20. Oct. 80 (E. II S. 365): A. 30 der Reichsverf. wird nicht verletzt, wenn eine von einem Abgeordneten im Reichstag gehaltene Rede zur Ueberführung des Abgeordneten betreffs eines anderweitig von ihm verübten Verbrechens benützt wird. Ein solches Verbrechen kann in der Wiederholung des Inhalts der Rede außerhalb des Reichstags liegen. — Eine von einem Abgeordneten in Ausübung seines Berufs ausgesprochene (Privat-) Beleidigung kann nicht nach § 199 compensiert werden — RGE. 5. März 1881 (III S. 107). Allerdings kann aber behufs Anwendung des § 193 festgestellt werden, daß die Beleidigung in Erwiderung einer von einem Abgeordneten zugefügten nach § 11 straflosen Beleidigung erfolgte — RGE. 22. Febr. 1882 (IV S. 181).

(Mitglieder des Bundesraths genießen das Vorrecht nicht.) Zusammenhängend mit den obigen Bestimmungen A. 22 der Reichsverfassung: „Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen des Reichstags bleiben von jeder Verantwortlichkeit (sic!) frei;“ § 12 StrGB.: „Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen eines Landtags oder einer Kammer

eines zum Reich gehörigen Staats bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei".

(Vgl. v. Liszt Das deutsche Reichs-Preßrecht 1880 S. 162 und über die ähnliche österr. Bestimmung dens. Lehrb. des österr. Preßrechts 1878 S. 220.)

Liegt ein wahrheitsgetreuer Bericht vor (sei es auch einer „im verjüngten Maßstab", Heinze), so ist auch der § 42 StrGB. nicht anwendbar.

b) Aus völkerrechtlichen Gründen sind den inländischen Strafgesetzen die sog. Exterritorialen nicht unterworfen. Vgl. die §§ 18, 19, 21 G. V. G. Kriegsschiffe sind auch im inländischen Seegebiet als exterritorial zu behandeln, nicht aber fremde Handelsschiffe, s. RGE. 22. Apr. 1880 (I S. 642). — Die Wohnung eines fremden Gesandten ist ebenfalls nicht als Ausland zu betrachten; s. RGE. 26. Nov. 1880 (Entsch. III S. 70).

II. Verbrechen, die im Ausland begangen sind.

1. Uebertretungen, welche im Ausland begangen sind, werden nur dann bestraft, wenn dieß durch besondere Gesetze oder Verträge angeordnet ist (§ 6).

S. § 161 Mil. Str. G. B.: „Ein Ausländer oder Deutscher, welcher in einem von deutschen Truppen besetzten ausländischen Gebiete gegen deutsche Truppen oder Angehörige derselben oder gegen eine auf Anordnung des Kaisers eingesetzte Behörde eine nach den Gesetzen des deutschen Reichs strafbare Handlung begeht, ist ebenso zu bestrafen, als wenn diese Handlung von ihm im Bundesgebiet begangen wäre". — Nach § 100 der Seemannsordnung sind die in den §§ 81 ff. ebendort bezeichneten Uebertretungen (Verbrechen und Vergehen), auch wenn sie im Ausland begangen sind, zu bestrafen.

2. Verbrechen und Vergehen. In der Regel werden diese nicht verfolgt (§ 4 Abs. 1). Doch hat diese Regel zahlreiche Ausnahmen. Hierher gehören:

a) Die in § 4 Abs. 2 Z. 1—3 aufgeführten Fälle, rücksichtlich welcher zu unterscheiden ist zwischen privilegierten Verbrechen (§ 4 Z. 1 und 2) und nicht privilegierten (Z. 3), für welche letzteren die besonderen „Vorbedingungen" der Strafverfolgung gelten, welche der § 5 aufstellt. Diese Fälle alle sind sog. Berichtsfälle: es „kann" verfolgt werden (§ 4 Abs. 2).

b) Weiter gehören hierher: StrGB. §§ 102, 298. Mil. StrGB. §§ 7, 160, 161, Seemannsordnung § 100, G. betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. §§ 22, 25, G. betr. das Urheberr. an Werken der bild. Künste § 16, Ges. betr. den Schutz der Photographien § 9, Ges. betr. d. Urheberr. an Mustern u. s. w. § 14, G. betr. die Schonzeit für den Robbenfang, G. gegen die gemeingef. Bestrebungen der Socialdemokratie §§ 6, 17, G. über die Consulargerichtsbarkeit §§ 1, 4, 47.

III. Anrechnung einer im Ausland vollzogenen Strafe § 7, vgl. die §§ 3—8, 37, 79. Eine proportionale Anrechnung, wie sie Berner will, entspricht weder dem Wortlaut noch dem Grund des Gesetzes. Das ne bis in idem würde geradezu verletzt, wenn man eine Quote der härteren im Auslande vollzogenen Strafe nur als entsprechende Quote der hier erkannten milderen Strafe anrechnen wollte; die letztere kann durch die erstere ja sogar ganz aufgezehrt werden.

IV. Verbrechen, die auf einem Gebiet begangen werden, das überhaupt keiner staatlichen Herrschaft unterworfen ist, bleiben straflos, auch wenn sie ein Deutscher begangen hat! arg. § 4 Z. 3 (die Handlung muß durch die Gesetze des Begehungsorts mit Strafe bedroht sein).

V. Auslieferung von Verbrechern. § 9: Ein Deutscher darf einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung nicht überliefert werden.

Auslieferungsverträge: Vertrag zwischen Preußen und anderen Staaten des D. Bundes und den nordam. V. St. vom 16. Juni 1852, durch A. 3 des Vertrages vom 22. Febr. 1868 auf alle Staaten des nordd. Bundes ausgedehnt. Vertrag d. D. Reichs mit Italien vom 31. Oct. 1871 (nebst dem Durchlieferungsvertrag mit der Schweiz vom 25. Aug. 1873), mit Großbritannien vom 14. Mai 1872, mit der Schweiz vom 24. Jan. 1874, mit Belgien vom 24. Dec. 1874, mit Luxemburg vom 9. März 1876, mit Brasilien vom 17. Sept. 1877, mit Schweden und Norwegen vom 19. Jan. 1878, mit Spanien vom 2. Mai 1878, mit Uruguay vom 12. Febr. 1880 (R. G. Bl. 1883 S. 287). S. Schönemann G. A. 1881 S. 16. Vgl. Bulmerincq Rechtslex. I. S. 165, 196. Hetzer Deutsche Auslieferungsverträge 1883.

§ 25. Thatbestand. That. Handlung.

H. H. II S. 108 (Schaper). Berner §§ 74, 89. Schütze S. 85, 100. Meyer S. 117, 128. v. Wächter S. 126. v. Liszt S. 64, 70. Hälschner S. 183. — Vgl. die Litteratur oben zu § 18. Ferner v. Almendingen Darstellung der rechtl. Imputation 1803. Berner Grundlinien der criminalist. Imputationslehre 1843. Binding Normen II S. 35, 104 (dazu Krit. VJSchr. XIX S. 419, 436). Sigwart Kl. Schr. II 1881 S. 113. Wahlberg Zeitschr. II S. 177. (Ges. kl. Schr. II S. 230.) Kärcher Gerichtss. 34 S. 149, 221, 522 (!).

1. Thatbestand (corpus delicti — ein nicht von Farinacius zuerst angewandter Ausdruck!). — Subjectiver, objectiver; allgemeiner, besonderer Thatbestand.

2. Das Verbrechen ist eine (menschliche) That, d. h. eine durch einen Menschen bewirkte Veränderung in der (ihn umgebenden) Außenwelt. Es muß aber auch Handlung, d. h. auf den Willen eines Menschen zurückführbar sein. Es entsteht also die Frage nach dem Begriff des Willens und seiner Aeußerungen.

3. Wille ist ein vom (möglicherweise irrthümlichem) Bewußtsein der Erreichbarkeit des Begehrten begleitetes Begehren. Unbestimmtes Begehren ist vorhanden, wenn der Begehrende sich die Frage der Erreichbarkeit des Angestrebten durch seine Thätigkeit gar nicht aufwirft, wenn er sie verneint, hegt er einen sog. frommen Wunsch. Das Wollen bildet sich nach und nach durch die Erfahrung, die Lebensgeschichte heraus. Umbildung, Zurückbildung desselben. Ein Bewußtsein von der Möglichkeit eines Eingreifens in den Caussalzusammenhang des Geschehens muß vorhanden sein, wenn es zum Wollen kommen soll. Das Wollen setzt also eine gewisse (wenn auch vielleicht höchst mangelhafte) Einsicht in die Stellung des Menschen zu der ihn umgebenden Welt voraus — theoretisches Element des Wollens.

4. Handlung ist jede Willensäußerung, also auch das absichtliche Lenken des eigenen Vorstellungsverlaufs — innere Handlung. Diese bildet ein wichtiges Stadium der Vorbereitung auch bei den Verbrechen. Das Verbrechen muß jedoch überdieß „äußere Handlung", d. h. durch den Willen hervorgerufene

Körperthätigkeit sein. Es muß endlich That sein, d. h. eine (üble) Veränderung in der Außenwelt hervorrufen. Streng genommen ist jede (äußere) Handlung zugleich That, insofern Körperthätigkeit nothwendigerweise irgend eine Veränderung in der Außenwelt hervorbringt. Für das Strafrecht aber sind als „That" von Bedeutung nur die in der Außenwelt durch eine Handlung hervorgerufenen strafrechtlich erheblichen Veränderungen. Alle diese Veränderungen zusammengenommen bilden den Erfolg der Handlung im strafrechtlichen Sinn und durch den Erfolg in diesem Sinne wird die auf ihn gerichtete Thätigkeit zur verbrecherischen That. (Eine That kann auch vorliegen, ohne daß der Wille zu ihr mitgewirkt hat; dann ist sie nicht zurechenbar; s. § 35 I unten). Erfolg im e. S., „Erfolgsverbrechen".

5. Der Beweggrund, welcher zur Handlung führt, ist die Erwartung einer Befriedigung durch dieselbe, insbesondere bei dem Verbrechen durch den Erfolg der Handlung in der Außenwelt. Die Handlung wird unternommen als Mittel zur Erreichung eines Zwecks. Sie wird, falls sie als eines von mehreren Mitteln sich darbietet, ausgewählt durch Ueberlegung (aus welcher der Entschluß hervorgeht). Die nächsten Erfolge, welche mit der Handlung erreicht werden, stehen möglicherweise im Verhältniß von Mitteln zu der Erreichung weiterer Erfolge, aus deren letztem die Befriedigung (die Beseitigung der Unlust, welche zum Handeln trieb) entspringen soll. Man kann also einen Endzweck von den selber nur als Mittel angestrebten Zwecken unterscheiden; psychologisch aufgefaßt bleibt aber immer Endzweck beim Handeln die Befriedigung des Handelnden.

6. Das Verbrechen ist die That eines Menschen — nicht einer fingierten Persönlichkeit, insbesondere einer sog. juristischen Person. Unzweifelhaft ist das die Auffassung des Strafgesetzbuchs. Schon das preußische Str.G.B. hielt eine ausdrückliche Bestimmung hierüber (s. Bayern 1813 A. 49, Hannover A. 56, Darmstadt A. 44, vgl. auch Oesterreich § 486 Abs. 3) für überflüssig. Merkwürdigerweise erklärt sich v. Liszt S. 100 (im Anschluß an Beseler, Bluntschli, Ziebarth, F. Dahn) de lege ferenda für die Bestrafung juristischer Personen. Die von ihm „interessant" gefundene Fassung in § 35 des Genossenschaftsgesetzes ist eben nicht correct. „Handlungsfähigkeit" auf dem Gebiete des Strafrechts, besser

gesagt Zurechnungsfähigkeit, ist nur eine Eigenschaft des wollenden Individuums. (Vgl. Hepp Versuche S. 79, Ziegler Die Verbrechensunfähigkeit juristischer Personen 1842. v. Kries De delictis universitatum 1876).

§ 26. Zurechnung. Zurechnungsfähigkeit. Zurechenbarkeit.

S. die Litt. zum vorigen §; ferner H. H. II S. 149 (Schaper), 219 (Skrzeczka); IV S. 99 (Geyer), 109 (v. Krafft-Ebing). Berner § 76. Schütze S. 89. Meyer S. 130. v. Wächter S. 129. v. Liszt S. 95. Hälschner S. 201. Barth Strafrechtsz. 1861 S. 337. v. Kräwell eb. 1862 S. 637. Wahlberg Das Princip der Individualisierung 1869 S. 61. Ders. Ges. kl. Schriften I S. 1, II S. 211, 287. Jessen Ueber Zurechnungsfähigkeit 1870. Geßler Gerichtss. 1870 S. 245. Teichmann Strafrechtsz. 1870 Sp. 199. v. Rönne Die criminalist. Zurechnungsfähigkeit 1870. Herzog Gerichtss. 1872 S. 439, 1874 S. 30. Röder eb. S. 1, 81. Schütze G. A. 1873 S. 139. Volkmann Lehrb. II S. 511. Göring Ueber die menschl. Freiheit u. Zurechnungsfähigkeit 1876. Hoppe Die Zurechnungsfähigkeit 1876. Binding Normen II S. 3 (dazu Krit. VJSchr. XIX S. 402). Bruck Zur Lehre von der criminalist. Zurechnungsfähigkeit 1878. Spitta Die Willensbestimmungen und ihr Verhältniß zu den impulsiven Handlungen 1881. Knop Die Paradoxie des Willens 1863. Hagen Chorinsky 1872. Wharton A treatise on mental unsoundness (dazu v. Bar Grünhuts Zeitschr. II S. 1). Maudsley Die Zurechnungsfähigkeit der Geisteskranken 1875. Schwartzer Die Bewußtlosigkeitszustände als Strafausschließungsgründe 1878. v. Swinderen G. A. 1882 S. 439. S. Die Art Zurechnung (Geyer) und Zurechnungsfähigkeit (v. Krafft-Ebing) im Rechtslex. III S. 1448.

1. Zurechnung ist das Urtheil, durch welches Jemand für das von ihm Gethane verantwortlich erklärt wird. Zunächst ist dabei die That auf den Willen zurückzuführen, also festzustellen, daß sie Handlung ist. Der Wille aber kann selber wieder ein dem Wollenden zurechenbarer oder nicht zurechenbarer sein, je nachdem dieser in Bezug auf das Wollen die Fähigkeit der Beherrschung desselben gehabt, in Bezug auf dasselbe psychisch frei war.

2. Von der psychischen Freiheit sonach hängt die Zurechnungsfähigkeit des Wollenden ab. Nicht dem Wollen kommt

irgendwie das Prädikat der Freiheit zu; es ist determiniert durch die Motive. Wäre das Gegentheil der Fall, so fiele alle Zurechenbarkeit des Wollens (und ebenso jede planmäßige Einwirkung auf den Willen eines Andern, insbesondere jede Erziehung) als eine Unmöglichkeit weg. Verantwortlichkeit setzt verursachtes also unfreies Wollen voraus.

3. Die psychische Freiheit besteht in der Möglichkeit, eine Beurtheilung als Norm für das Wollen aufzustellen und dieser Norm das Wollen unterzuordnen, es einem selbstgegebenen Verbot gemäß zu unterdrücken, einem selbstgegebenen Gebot gemäß zum Handeln fortschreiten zu lassen. Also zwei psychische Voraussetzungen: Einsicht und Selbstbestimmungs- (oder Selbstbeherrschungs-) Fähigkeit; ein Kennen und ein Können.

4. Psychische Freiheit ist nicht angeboren, sondern entwickelt sich nach und nach in verschiedenem Maße und in verschiedener Weise bei verschiedenen Individuen. Vollkommen unbedingte Freiheit in Bezug auf jedes denkbarer Weise auftauchende Wollen ist ein unerreichbares Ideal. Die menschliche Freiheit ist durchaus relativ, in Bezug auf verschiedenes Wollen und zu verschiedenen Zeiten verschieden. Man kann daher auch von Graden der Freiheit bezw. Zurechnung oder Zurechenbarkeit reden (verminderte Zurechnung; in den ersten Entw. zu unserem Str. G. B. noch anerkannt, eben so im bayrischen und sächs. Str. G. B.)

5. Psychische Freiheit darf nicht verwechselt werden mit moralischer oder ethischer Freiheit. Diese ist dort vorhanden, wo jemand im Stande ist, sein Wollen durch ethische normierende Urtheile zu regeln und zu beherrschen. Die Entstehung der ethischen Urtheile ist aber ein complicierter psychischer Vorgang, welcher erst bei höherer Ausbildung der Seelenthätigkeit zu Stande kommt. Urwüchsig ist der Egoismus, erwachsend aus dem Trieb zur Selbsterhaltung. Ethische Urtheile entwickeln sich durch mannigfaltige Beziehungen der Menschen untereinander, aus natürlichem Mitgefühl mit Anderen und durch vielfache absichtliche Einwirkungen. Manche Menschen gelangen niemals zu einer irgend klaren Beurtheilung auch der elementarsten ethischen Verhältnisse — moralischer Stumpfsinn, moral insanity.

6. Zur criminalistischen Zurechnungsfähigkeit insbesondere ist erforderlich, daß sich jenes ethische Urtheil in dem Woll-

enden ausgebildet hat, welches sagt: Unvergoltene Thaten mißfallen. Es gehört also zu derselben die Möglichkeit der Einsicht in die Strafwürdigkeit der beabsichtigten Handlung.

7. Die beiden Elemente der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit sind sonach: a) Die Möglichkeit der Einsicht in die Strafwürdigkeit (nicht in die Strafbarkeit) einer Handlung. b) Die Möglichkeit, das zu dieser Handlung hinstrebende Wollen zu beherrschen. Wo eines von beiden fehlt, fehlt die Zurechnungsfähigkeit im strafrechtlichen Sinne.

Unser Gesetzbuch hebt (in wenig gelungener Fassung) im § 51 bloß die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung hervor, während andererseits in den §§ 57 und 58 in verfehlter Weise betreffs der jugendlichen und der taubstummen Verbrecher bloß die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der begangenen Handlung erforderliche Einsicht betont wird. Natürlich sind diese §§ aus § 51 insoferne zu ergänzen, als auch ein jugendlicher oder taubstummer Angeklagter für zurechnungsunfähig erklärt werden muß, wenn er sich zur Zeit der Begehung der Handlung in einem der im § 51 bezeichneten Zustände befunden hat.

8. Zurechnungsfähig ist das Subject, dem zugerechnet wird. Zurechenbar dagegen ist das, was zugerechnet werden kann, also zunächst der Wille, dann die Handlung und zuletzt die That. Ein Zurechnungsfähiger kann eine ihm nicht zurechenbare That begehen. Zurechnungsunfähigkeit des Thätigen und Unzurechenbarkeit des Gethanen muß man streng auseinander halten.

§ 27. Zurechnungsunfähigkeit.

H. H. II S. 159 (Schaper), IV S. 102 (Geyer). Berner § 77. Schütze S. 91. Meyer S. 137. v. Wächter S. 133. v. Liszt S. 101. Hälschner S. 207.

1. Wegen mangelnder psychischer Entwicklung. Kitka N. A. 1834 S. 117. Mittermaier eb. 1841 S. 155. Fraser Quatenus in criminibus imputandis aetatis delinquentium habenda sit ratio 1844. v. Egidy N. A. 1855 S. 63. Goldschmidt Arch. für civilist. Praxis 39 S. 440. Wilde G. A. 1858 S. 433. v. Meyendorff Einfluß des jugendl. Alters auf die strafr. Zurechnung 1862. Schwarze Gerichtss. 1868 S. 434 und 1874 S. 486. Ders. Sächs. G. Z. 16 (1872) S. 289. v. Holtzendorff

Gerichtsſ. 1874 S. 401. Baumert Ueber die Zurechnungsfähigkeit u. Beſtrafung jugendl. Perſonen 1877. Ullmann Grünhuts Zeitſchr. III S. 293. Geyer im Rechtslex. I S. 84.

I. Kindheit. 1. Römiſches Recht. Infantes d. h. Kinder unter ſieben Jahren l. 12 D. ad leg. Corn. de sicar.: Infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat. Vgl. l. 5 D. § 2 ad leg. Aquil.; l. 23, 24 D. de furt.; l. 10 § 1 D. de alien. judicii mut. caussa. Bei den impuberes entſchied im Allgemeinen, ob ſie doli (culpae, injuriae) capaces waren. Bezugs gewiſſer Verbrechen aber, wie z. B. dem falsum (l. 22 pr. D. de lege Corn. de falsis) galten ſie überhaupt als zurechnungsunfähig, ſ. Binding S. 59. (Dort auch über die pubertati proximi).

2. Strafmilderung wegen jugendlichen Alters kommt erſt im kanoniſchen Recht vor — c. 2 C. 15 qu. 1; c. 1 IX de del. puer. — Infantes ſind zurechnungsunfähig — Clem un. de homicid.

3. PGO. Art. 179, 164. Vierzehn Jahre als Altersgränze; malitia supplet aetatem. Die neueren StrGB. nehmen meiſt Zurechnungsunfähigkeit bis zu einem gewiſſen Alter (8, 10, 12, 14 Jahre) an. Dagegen folgten dem C. pénal (A. 66), der keine praesumtio juris et de jure für die Zurechnungsunfähigkeit der Kinder aufſtellt, Preußen § 42, Bayern 1861 A. 76. Dieß iſt verfehlt, ebenſo wie daß die Beſtrafung von der Feſtſtellung des discernement (des „Unterſcheidungsvermögens“) abhängig gemacht wird, was leider noch im jetzigen Recht (ſ. die §§ 57, 58) ſeine Nachwirkungen äußert.

4. Der § 55 rechnet die Kindheit bis zum zwölften Jahr (vielleicht wäre das zehnte, wie in Oeſterreich, vorzuziehen).

5. Jugendliche Thäter (ſ. §§ 56, 57). Die Jugend ſollte nicht bloß bis zum achtzehnten, ſondern bis zum 21. Jahr als Strafmilderungsgrund gelten, weil in der Regel erſt mit vollendetem 21. Jahr die körperliche (und geiſtige) Entwicklung zur vollen Reife gelangt. (Derſelben Anſicht v. Krafft-Ebing.) Ein RGE. vom 18. Jan. 1882 (IV S. 50) ſpricht im Anſchluß an die Motive aus: die Möglichkeit der Erkenntniß der Strafbarkeit ſei dann vorhanden, wenn der Thäter im Stande geweſen iſt zu erkennen, daß er durch Begehung der Handlung ſich einer Criminal-

strafe aussetze. Aber die Kenntniß der „Strafbarkeit" in diesem Sinn ist kein Merkmal der Zurechnungsfähigkeit (auch nicht bei älteren Personen) und folglich auch nicht „das Vermögen, jene Kenntniß zu erlangen" (wie sich ein RGE. vom 10. Juli 1883 — V S. 512 ausdrückt), im § 56 gefordert. Der Ausdruck „Einsicht in die Strafbarkeit" kann nichts anderes bedeuten als „Einsicht in die Strafwürdigkeit."

II. Taubstummheit, § 58 Str. G. B.

III. Angeborene Geisteskrankheit (angeborener Blödsinn) ist nach § 51 unter den Begriff: „krankhafte Störung der Geistesthätigkeit" zu stellen, obwohl eigentlich nicht Störung sondern Hemmung der Geistesthätigkeit (Entwicklungshemmung) vorliegt.

IV. Die sog. völlige Wildheit wird man auch in gezwungener Weise nicht ohne Weiteres unter § 51 stellen können. Daher bleibt eventuell nur der leidige Ausweg der Begnadigung übrig, weil Schuldausschließungsgründe nicht auf dem Weg der Analogie geschaffen werden dürfen.

§ 28. 2. Wegen (vorübergehender oder dauernder) Wiederaufhebung der Zurechnungsfähigkeit.

v. Krafft-Ebing Die transitorischen Störungen des Selbstbewußtseins. Spitta Die Schlaf- und Traumzustände 2. Aufl. 1882, besonders S. 366, 401.

I. Zu den vorübergehenden Zuständen dieser Art gehören:

1. Die Schlafzustände. Schlaftrunkenheit, Nachtwandeln, Hypnotismus? (s. über diesen C. S. Cornelius Zeitschr. f. exacte Philos. XII S. 337).

2. Zustände der Betäubung, die durch innere z. B. narkotische, Anästhese bewirkende Mittel oder durch äußere Einwirkung — Körperverletzung, Magnetisierung? — herbeigeführt werden können.

3. Vorübergehende krankhafte Bewußtlosigkeit — Ohnmacht.

4. Delirien und vorübergehende Anfälle von Geisteskrankheiten.

5. Hochgradige Affecte d. h. sehr bedeutende Abweichungen vom Gleichgewichtszustande der Vorstellungen. Rüstige—schmelzende, überfüllende—entleerende, sthenische—asthenische Affecte. Ira furor brevis est. Liegt nicht stets ein Verschulden vor? — Stoische Ansicht. —

6. Insbesondere wichtig erscheinen die Berauschungszustände, namentlich die durch Zusichnehmen von Getränken herbeigeführte Trunkenheit. (Vgl. Geyer Oesterr. Gerichtsz. 1863 Nr. 141, 142 und im Rechtslex. III S. 914; Mittermaier N. A. XII S. 1). Man muß hier unterscheiden einerseits volle (sinnlose) Trunkenheit (Besoffenheit) und nicht volle, andererseits zufällige, verschuldete und absichtlich herbeigeführte Trunkenheit. In den röm. Rechtsquellen wird die Trunkenheit nur als Strafmilderungsgrund erwähnt (l. 12 pr. D. de custod. reor.; l. 11 § 2 D. de poen.; l. 6 § 7 D. de re milit). Das kanon. Recht erklärt die Trunkenheit selber als strafbar. S. c. 7 C. XV qu. 1: ... Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent; jacent sepulti; ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores. C. 9 eod.: Inebriaverunt Loth filiae ejus et se nescienti miscuerunt. Quapropter culpandus est quidem; non tamen, quantum ille incestus, sed quantum illa meretur ebrietas. — Die sämmtlichen voraufgeführten Zustände, mit Ausnahme der vorübergehenden Geisteskrankheit können nach unserem StrGB. nur insofern als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit angesehen werden, als es möglich ist, sie unter den Ausdruck „Bewußtlosigkeit" zu bringen, was nur theilweise gelingen kann. Genau genommen ist nur derjenige bewußtlos, welcher sich nicht irgend einer Vorstellung bewußt ist, so daß keine einzige seiner Vorstellungen sich über der „Bewußtseinsschwelle" befindet. Das trifft vollständig zu in Ohnmachts-, im Wesentlichen auch in Schlaf- und Betäubungszuständen, sowie bei den allerhöchsten Graden des Affects und der Berauschung. Allein gehen wir vom richtigen Begriff der Zurechnung aus, so ist vielmehr Zurechnungsunfähigkeit nicht bloß vorhanden, wenn das Bewußtsein gänzlich fehlt, sondern wenn es durch physiologische Vorgänge oder durch die einseitige Herrschaft einzelner übermächtiger Vorstellungen (bezw. Vorstellungsverbindungen) ein abnormes („gestörtes") geworden ist, so daß entweder die Möglichkeit der Einsicht in die strafwürdigen Folgen eines gewissen Verhaltens oder die Kraft, sich selber zu beherrschen, fehlt. — Der Ausdruck „gestörtes Bewußtsein" etwa neben „Bewußtlosigkeit" würde verhindern, daß man, wie es jetzt zu geschehen pflegt, sehr Vieles in das Gesetz hinein interpretiert.

7. Controvers ist die Frage, wie die sog. actio libera in caussa oder actio ad libertatem relata zu behandeln sei, d. h. der Fall, wenn sich Jemand in den Zustand (vorübergehender) Zurechnungsunfähigkeit versetzt, um in demselben ein Verbrechen auszuführen und dieses auch ausführt. (Neuestens hierüber v. Schwarze Gerichtss. 1881 S. 446 und Geyer Zeitschr. IV H. 2. Vgl. auch G. A. 1865 S. 242 f. Binding Normen II S. 195. [Dort die frühere Litteratur; ebenso Grundr. S. 60]).

Ueber den Entwurf des „Trunkenheitsgesetzes" s. v. Schwarze a. a. O. S. 458 und Geyer Vierteljahresberichte über die ges. Wissensch. u. s. w. II 1882 S. 202.

8. Unter den Uebertretungen erscheint in unserem StrGB. (§ 361 Z. 5) der Fall, wenn jemand sich dem .... Trunk .... dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand geräth, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittelung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muß. (Einer der Fälle, bei welchen nach § 362 Arbeitszwang und die „bessernde Nachhaft" in einem Arbeitshaus eintreten kann.) Vgl. dazu R. G. E. vom 21. Febr. 1880 (I S. 366).

Interessant ist der Nachklang aus dem kanonischen Recht in den §§ 236 und 523 des österr. StrGB. — Vgl. dort auch die Bestimmung des § 524 über „eingealterte Trunkenheit" und mit dieser A. 82 des bayer. Polizeistrafgesetzb.: „Wer bei Verrichtungen, welche zur Verhütung von Gefahr für Leben und Gesundheit Dritter besondere Vorsicht erfordern, sich betrinkt, wer betrunken solche Verrichtungen außer Nothfällen vornimmt, wird an Geld bis zu 45 Mark oder mit Haft bis zu acht Tagen bestraft".

II. Dauernde Zustände gestörter Zurechnungsfähigkeit sind die dauernden (nicht angeborenen) Geisteskrankheiten. (Verbrecherischer Wahnsinn? Criminal lunatics. — Besondere Verwahrungsanstalten für „verbrecherische" Irre.)

§ 29. **Nothstand.**

H. H. II S. 132 (Schaper), IV S. 93 (Geyer). Berner § 84, Schütze S. 112. Meyer S. 305. v. Wächter S. 137. v. Liszt S. 92. Hälschner S. 485. Binding S. 156 (138). — Oersted N. A. V. S. 345. Abegg Untersuch. S. 107. Luden Abhandl. II

S. 510. Baumeister Bemerk. zur Strafgesetzg. 1847 S. 87. Swita Das Recht der Nothw. S. 2. Marquardsen N. A. 1857. S. 396. Geyer Die Lehre von der Nothwehr S. 4. Krit. VJSchr. V S. 63. Art. Nothstand im Rechtslex. III S. 902. v. Wächter Sächs.-Thüring. Strafr. S. 359. Berner De impunitate ob summam necessitatem proposita 1861. Wessely Die Befugnisse des Nothstands und der Nothw. 1862. Rink Over nodweer 1874 p. 106. Stammler Darstellung der strafrechtl. Bedeutung des Nothstandes 1878. Janka Der strafrechtl. Nothstand 1878. v. Buri Gerichtss. 1878 S. 434. Pernice Labeo II S. 16. Göb G. A. 1880. S. 183. Rotering eb. 1883. S. 247.

1. Die Lehre vom Nothstand ist hierherzustellen, weil es sich um Fälle handelt, in denen entweder wirklich Zurechnungsunfähigkeit vorhanden ist oder doch vom Staat solche angenommen (fingiert) wird. Ein Nothrecht gibt es nicht. („Noth kennt kein Gebot"; „Noth bricht Eisen". Vgl. c. 11 D. I de consecrat.: Necessitas non habet legem; c. 4 X de R. I.: Quod non est licitum lege, necessitas facit licitum. Aus c. 26 D. V de consecr., c. 8 §§ 2, 3, 4 Dist. XLVII, c. 3 X de furt. ist PGO. 166 [Stelen inn rechter hungers nott] abzuleiten.)

2. Für den Nothstand wäre wohl die richtigste Formel: Eine Handlung, welche zur Beseitigung einer unmittelbar drohenden Lebensgefahr oder einer unverhältnißmäßigen Beschädigung an Leib, Freiheit oder Vermögen begangen wird, ist straflos (vgl. Geyer Grünhuts Zeitschr. II S. 369, III S. 1 Note 1).

3. Wodurch der Nothstand veranlaßt worden, ist im Allgemeinen gleichgültig. Fälschlich trennt unser StrGB. den durch Drohungen veranlaßten Nothstand (§ 52) in ganz unrichtigerweise mit dem (absoluten) Zwang zusammenstellend von den übrigen Fällen (§ 54), für welche allein Nothstand gesetzlicher Name ist, und hat dabei merkwürdigerweise für die letzteren, nicht aber für die im § 52 geregelten Fälle das Erforderniß, daß die Nothlage eine „unverschuldete" sei, aufgestellt. (Ueber dieses Erforderniß s. unter 5.)

4. Die Bestimmungen des StrGB. sind zwar sehr unbefriedigend, insbesondere wegen ihrer Enge, dürfen aber nicht durch analoge Anwendung ausgedehnt werden. Doch finden sie eine gewisse Ergänzung durch anderweitige z. B. feuer-, gesundheitspolizeiliche Vorschriften. S. ferner § 75 der Seemannsordnung Abs. 2:

„Der Schiffer ist (auch) befugt, die Güter über Bord zu werfen, wenn dieselben Schiff oder Ladung gefährden". Nach § 32 Abs. 2 eb. ist der Schiffsmann zur pflichtmäßigen Hülfeleistung bei Rettung der Personen und ihrer Effecten, sowie bei Sicherstellung der Schiffstheile, der Geräthschaften und der Ladung verbunden. S. auch die Art. 702, 704, 708 des Handelsgesetzbuchs über die große Haverei. Vgl. noch § 360 Z. 10 (Strafbarkeit nur, wenn der Aufforderung „ohne erhebliche eigene Gefahr" genügt werden konnte), dann § 313 Abs. 2: „Ist jedoch die Absicht des (eine Ueberschwemmung herbeiführenden) Thäters nur auf Schutz seines Eigenthums gerichtet gewesen, so ist auf Gefängniß (statt auf Zuchthaus) nicht unter einem Jahr zu erkennen."

5. Das Erforderniß, daß der Nothstand „unverschuldet" sein müsse, ist eng auszulegen. Ist der Nothstand vorsätzlich herbeigeführt, so liegt unzweifelhaft Verschulden vor und träte noch die Absicht hinzu, den Nothstand herbeizuführen, um sich auf fremde Kosten zu retten, so wäre ein der actio libera in caussa gleichzustellender Fall vorhanden. Fahrlässige Herbeiführung des Nothstandes wird man nur, wenn die Fahrlässigkeit als eine nach Rechtsgrundsätzen haftbar machende erscheint, als Verschuldung des Nothstands erklären dürfen, sonst würde möglicherweise jeder irgend einmal begangene Fehler im wirthschaftlichen Gebahren spätere Hungersnoth nicht mehr als Nothstand erscheinen lassen. De lege ferenda wäre freilich höchstens dann die Berufung auf Nothstand auszuschließen, wenn die Nothlage die unmittelbare Folge eines dolosen Verbrechens (und nicht einer bloßen Polizeiübertretung) wäre. Vgl. über unverschuldeten Nothstand (bei einem Angriff durch einen bissigen Hund) RGE. v. 2. Febr. 1883 (A. VII S. 213).

6. Nach § 49 Abs. 1 Mil. StrGB. ist die Verletzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ebenso zu bestrafen, wie die Verletzung der Dienstpflicht aus Vorsatz (vgl. dazu namentlich die §§ 84—88 eb. über „Feigheit"). Auch der Schiffsmann kann sich nicht auf Nothstand berufen (§ 32 der Seemannsordnung).

7. Der Nothwehrstand kann zugleich Nothstand begründen. Zur Rettung aus der Noth, die ein widerrechtlicher Angriff herbeiführt, kann Verletzung Unbetheiligter ein geeignetes Mittel sein. Der Angriff kann dabei in einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bestanden haben; dann trifft § 52 zu.

§ 30. Die Schuldarten.

H. H. II S. 176 (Schaper). Berner § 93. Schütze S. 116. Meyer S. 157. v. Liszt S. 105. v. Wächter S. 142. Hälschner S. 275. Binding S. 65 (103). — Grolman Bibl. für peinl. R. W. I St. 1 S. 1; St. 3 S. 74. Feuerbach eb. II St. 1 S. 193. Klein (altes) Arch. I St. 2 S. 44; II St. 1 S. 179; III St. 1 S. 105. Bauer Abhandl. I S. 245. Berner Imputationsl. S. 174. Ders. Die Lehre von der Theiln. u. s. w. 1847 S. 47. Luden Abhandl. II S. 500. Krug Ueber dolus und culpa 1854. M. Voigt Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung .... bezeichn. techn. lat. Ausdrücke — Abhandl. der k. sächs. Gesellsch. der Wiss. XVI S. 1. Binding Normen II S. 102. Lucas Die subjective Verschuldung im heut. d. Strafrecht 1883. S. auch Brinz Lehrb. der Pand. 2. Aufl. 2. Band S. 155, 248.

1. Die verbrecherische Absicht (dolus).

Mittermaier N. A. II S. 515. Weber eb. VII S. 549. Herrmann N. A. 1856 S. 1 und 441. Osenbrüggen Abhandl. 1857. Rubo Quae sit doli natura 1857. Temmme N. A. 1854 S. 206. v. Wick eb. 1857 S. 572, Gerichtss. 1860 S. 124. Geßler Ueber den Begriff und die Arten des Dolus 1860. Ders. Gerichtss. 1860 S. 369. Geyer Erörterungen S. 1. v. Wächter Gerichtss. 1864 S. 56. Ortloff eb. S. 70, 107. v. Wick Ueber Vorsatz und Absicht 1866. v. Wächter Ueber die bona fides 1871. v. Bar Caussalzusammenh. S. 30. v. Buri Caussalität S. 13, 31 u. Gerichtss. 1877 Beil. S. 143. Ortmann eb. 1878 S. 344. Ortloff Gerichtss. 34. Band S. 401. Vgl. ferner Osenbrüggen N. A. 1850 S. 605. Köstlin eb. 1856 S. 181, 269. — Ueber den Dolus bei Uebertretungen; Lorenz Zeitschr. f. Gesetzg. u. R. Pfl. in Bayern IX (1862) S. 66. Hälschner Gerichtss. 1865 S. 321. Loos Strafrechtsz. 1870 S. 323. Lucas a. a. O. S. 117. Rotering G. A. 1883 S. 350. Ueber den sog. dolus generalis insbesondere Weber a. a. O. Goltdammer G. A. 1861 S. 817; 1862 S. 24. Schwarze ebenda 1862 S. 217, 326. Krug eb. S. 734. Häberlin eb. 1863 S. 541. v. Buri eb. S. 753, 797; 1864 S. 3; 1866 S. 608, 717. Schwarze eb. 1864 S. 325.

Geyer eb. 1865 S. 239, 313. Goltdammer eb. 1869 S. 482. v. Buri Caussalität S. 76.

I. Unterscheidung von Vorsatz, Absicht, Zweck. Der Sprachgebrauch des StrGB. ist leider nicht einmal sich selber gleichbleibend. In der Regel bezeichnet es den dolus mit dem Wort „Vorsatz". Unbedenklich ist, daß es hie und da den Ausdruck „wissentlich" wählt, wo im Zusammenhange des Satzes zugleich das Willensmoment hervortritt, so z. B. § 48 Abs. 2: „wissentlich angestiftet" (hier ist das „wissentlich" sogar überflüssig), § 49 Abs. 1 und 2 „wissentlich Hülfe geleistet hat", § 153: „wissentlich falsch schwört", § 154: „wissentlich ein falsches Zeugniß .... bekräftigt oder den .... Eid wissentlich .... verletzt", § 156: „wissentlich falsch" .... § 171: „wissend, daß er verheirathet ist", § 257: „wissentlich Beistand leistet", § 273: „wissentlich von einer falschen Beurkundung .... Gebrauch macht", § 275: „wissentlich von falschen .... Stempelmarken .... Gebrauch macht", § 276: „wissentlich schon einmal .... verwendetes Stempelpapier .... verwendet", § 302c: „mit Kenntniß des Sachverhalts", § 327 und § 328 „wer die .... Einfuhrverbote .... wissentlich verletzt", § 338: „wissend, daß eine Person verheiratet ist", §§ 352 und 353: „von denen er weiß, daß u. s. w." (in den §§ 344 und 345 ähnliche Wendungen, aber daneben der Ausdruck vorsätzlich), § 354: „wissentlich eine solche Handlung gestattet", § 357: „wissentlich geschehen läßt". Vgl. die Formel „wider besseres Wissen" in den §§ 164, 187, 278. —

Den Ausdruck Absicht, absichtlich u. s. w. verwendet das StrGB. in den §§ 43 (das „beabsichtigte" Verbrechen oder Vergehen), 48 (wo es besser gerade umgekehrt hieße: durch vorsätzliche Herbeiführung .... eines Irrthums oder durch andere Mittel absichtlich bestimmt hat"), 140, 143, 146, 210, 242, 243 Z. 7, 249, 263, 267, 268, 272, 273, 274 Z. 1 und 2, 275 Z. 2 und 3 (Conc. Ordnung §§ 209 und 211), 288, 289, 302, 307 Z. 2, 313 Z. 2, 346, 349, 353a.

In den §§ 103a, 134, 135, 360 Z. 13, 366 Z. 3 wird ein „böswilliges" Handeln gefordert, ein „arglistiges" Handeln im § 170*).

*) Ueber die Motive im Strafrecht handeln (wenig förderlich) Hundhausen Das Motiv im Strafrecht 1877 und Fuld G. A. 1883 S. 321.

II. Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß Absicht (dolus) Thatbestandsmerkmal aller Verbrechen ist, so weit nicht aus einer gesetzlichen Bestimmung das Gegentheil erhellt. Betreffs der Uebertretungen wird zu untersuchen sein, ob Fahrlässigkeit zum Thatbestand genüge. Die Theorie vom „fait materiel“ aber ist eine polizeiliche Erfindung, welche mit der polizeilichen Strafgerichtsbarkeit das gleiche Loos verdient. Die bloße That (eines Zurechnungsfähigen) genügt allerdings sehr häufig zur Strafbarkeit von Steuerhinterziehung. S. z. B. RGE. vom 20. Nov. 1882 (IV S. 822), vom 4. Juni 1883 (V S. 396) und vom 1 Dez. 1883 (E. IX S. 255).

III. Eine Vermuthung der verbrecherischen Absicht (praesumtio doli) ist verwerflich. Leider finden sich aber, wenn auch nicht im StrGB., so doch in anderen Reichsstrafgesetzen solche Vermuthungen, welche die Beweislast dem Angeschuldigten zuwälzen. Vgl. Ges. betr. die Nationalität der Kauffahrteisch. §§ 14, 15; Ges. betr. die Commanditges. auf Actien A. 249a; Preßgesetz §§ 20, 21 (hier aus besonderen Gründen vielleicht am mindesten bedenklich). Namentlich gehören hieher eine Menge Steuer- und Zollgesetze. — S. die Aufzählung bei Binding Normen II S. 613, 614 und überhaupt ebend. S. 612—620.

IV. Da der Dolus die Richtung des Willens auf das aus der Handlung hervorgehende Uebel ist, so ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kein nothwendiges Element des Dolus, sondern dasselbe ist der Natur der Sache nach nur dort zum Dolus erforderlich, wo das fragliche Uebel in einer Rechtsverletzung besteht, nach dem Gesetze außerdem dort, wo es eben von diesem ausdrücklich als Thatbestandsmerkmal anerkannt ist. Dagegen ist an sich erforderlich, damit Dolus vorliege, das Bewußtsein, daß das Gewollte ein Uebel für irgend welche Andere, also daß die That eine Uebelthat sei (und wie des Zusammenhangs wegen hinzuzufügen ist, zur Fahrlässigkeit ist wenigstens erforderlich die Möglichkeit der Einsicht, daß die Handlungen gewisse üble Wirkungen nach sich ziehen können). Ohne jenes Bewußtsein kann (abgesehen von dem besonderen Fall, der sogleich bezeichnet werden wird) auch die Pflicht, die Handlung zu unterlassen, dem zur Handlung Schreitenden nicht bewußt werden, er kann also nicht vorsätzlich Schuld auf sich laden. Nur unter einer besonderen

Voraussetzung ist dies noch möglich. Wenn ein ihm bekanntes Strafgesetz die Handlung verbietet, entsteht die Pflicht des Gehorsams für ihn, welche er auch dann dolos verletzt, wenn er in der Handlung selbst kein Uebel zu erblicken vermag. Setzt er sich hier über das Gesetz im Rechtswahn hinaus, so ist er strafbar. Wer dagegen im Irrthum über das Bestehen eines Strafgesetzes (error juris criminalis) seine Handlung für eine nicht strafgesetzwidrige hält, während das Gegentheil der Fall ist, ist schuldfrei, wenn er in seiner Handlung keine Uebelthat zu erkennen im Stande ist.

Aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 59 unseres StrGB. ergibt sich aber leider, daß dasselbe an dem bisher in den neueren Gesetzgebungen (und in gewissem Maß in der neueren Doctrin) herrschenden Satz: error juris (criminalis) nocet festhält. Die Praxis des Reichsgerichts hat das Gesetz bisher ebenso ausgelegt, s. die Entsch. vom 9. Dez. 1879 (I S. 132); 11. März 1880 (I S. 448); 16. April, 25. Sept. u. 12. Oct. 1880 (I S. 610; II S. 256, 321); 6. Mai 1881 (E. IV S. 123); 27. Mai 1881 (III S. 336); 15. Oct. 1883 (E. IX S. 34); 17. Oct. 1883 (V S. 613); 1. Dez. 1883 (E. IX S. 255). Auch das von Lucas a. a. O. S. 151 angezweifelte Erk. vom 15. Febr. 1883 (V S. 102) geht von derselben Ansicht aus (vgl. eb. S. 105: es handle sich hier gar nicht um einen Irrthum über das Strafgesetz, der allerdings nicht entschuldige). — Der Richter kann nur im Weg der Strafausmessung dem Irrthum in Bezug auf die Strafgesetze einigermaßen gerecht werden; unter Umständen wird die Begnadigung aushelfen müssen.

Vgl. über das unter 4. Ausgeführte H. H. II S. 154, 208 (Schaper), IV S. 99 (Geyer). Schütze S. 128. Meyer S. 163. v. Liszt S. 109. v. Wächter S. 168. Hälschner S. 250. Heffter N. A. XII S. 130, 253. Osenbrüggen Abhandl. S. 19. Geßler Gerichtss. 1858 S. 217, 239, Dolus S. 256, Gerichtss. 1862 S. 232. Heinze eb. 1861 S. 397. Drenkmann G. A. 1860 S. 163. Geyer Erörterungen S. 26. v. Wächter Gerichtss. 1864 S. 63. Oetker Ueber den Einfluß des Rechtsirrthums im Strafrecht 1876. Binding Normen II S. 486. Ortmann Gerichtss. 1877 S. 241 u. 1878 S. 31. v. Buri eb. 1877 Beil. S. 175. Simon eb. 1880 S. 161. Lucas a. a. O. S. 85. Vgl. auch die Litt. zu § 35 unten.

§ 31. Arten des Dolus.

I. Ausschließlich auf einen (verbrecherischen) Erfolg gerichteter Wille und nicht ausschließlich auf einen Erfolg gerichteter Wille Dolus determinatus? — indeterminatus? (indirectus?). — Der eine verbrecherische Erfolg kann aber selber nur eventuell gewollt sein — einfacher dolus eventualis — während in erster Linie gar nicht Verbrecherisches gewollt ist. Eine Schuldstufe, welche an die Fahrlässigkeit angränzt.

Die Richtung des Willens kann ferner auf mehrere strafbare Erfolge so gehen, daß sie alle gleichmäßig gewollt werden. Sind sie dabei von dem Wollenden als einander ausschließend gedacht, so liegt alternative verbrecherische Absicht, dolus alternativus im e. S. vor. Sind sie als nicht einander ausschließend gedacht, so sind mehrere Verbrechen beabsichtigt — mehrere doli dēterminati. Wenn in dem letzteren Fall das eine Verbrechen in erster Linie, das andere in zweiter Linie gewollt wird (bezw. die mehreren andern in zweiter Linie gewollt werden), verbindet sich mit einem dolus determinatus ein dolus eventualis (bez. liegen neben jenem mehrere d. ev. vor). Endlich können mit mehreren d. det. ein d. event. oder mehrere dol. event. sich verbinden.

Das Wollen zweier Erfolge kann sich überhaupt folgendermaßen gestalten:

1. Ich will den Erfolg a oder den Erfolg b (beide einander ausschließend gedacht).

2. Ich will b, wenn nicht a eintritt (oder umgekehrt; beide einander ausschließend gedacht).

3. Ich will a und b, die sich nicht ausschließen, gleichmäßig.

4. Ich will zunächst a, eventuell auch b (oder umgekehrt, beide sich nicht ausschließend gedacht).

Bei mehr als zwei Erfolgen vervielfachen sich natürlich die Combinationen.

Der Umstand, daß der Wollende den Erfolg für mehr oder weniger wahrscheinlich hält, bildet nicht den Unterschied zwischen d. determinatus und indeterminatus bez. event. Man kann einen sehr unwahrscheinlichen Erfolg dennoch in erster Linie wollen. Einen Erfolg, dessen Eintritt man für nothwendig hält, kann

man freilich nicht bloß eventuell wollen. Interessante Entscheidungen des Reichsgerichts über den dol. event. vom 27. September 1882 (IV S. 716) und 21. Nov. 1882 (IV S. 832).

II. Dolus praemeditatus und d. repentinus, „überlegter" Dolus, doloses besonnenes Handeln und Dolus ohne Ueberlegung, ohne Besonnenheit. Affectdolus, impetus sind zu vage Ausdrücke für das zweite Glied der Eintheilung, die übrigens, ohne feste Abgränzung, nicht zu brauchen ist für ein Unterscheidungsmerkmal zwischen verschiedenen Verbrechen mit verschiedenen Straffolgen, wie sie gleichwohl ein solches bildet für Mord und Todtschlag (s. die §§ 211 u. 212 StrGB.). Dabei ist noch zu erwägen, daß Ueberlegung und Unüberlegtheit nicht bloß an den Gränzen untrennbar ineinanderfließen, sondern daß Besonnenheit beim Handeln bei weitem nicht immer höhere Strafwürdigkeit des Thäters gegenüber einem rasch und unbesonnen Handelnden begründet, da es auch auf die Motive, welche bei der Ueberlegung und andererseits bei dem unüberlegten Handeln den Ausschlag gegeben haben und auf die in der ganzen Handlungsweise sich offenbarende Intensität der Absicht ankommt. Vgl. v. Holtzendorff Das Verbr. des Mordes u. d. Todesstr. 1875 K. 22, 23. S. ferner über die jetzt herrschende und im StrGB. anerkannte Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag Mittermaier G. A. 1854 S. 141. Schwarze Gerichtss. 1859 S. 321; 1860 S. 481; 1861 S. 450; 1863 S. 229; 1868 S. 135. John Strafrechtsz. 1866 Sp. 321, 369 u. Entw. S. 43. Schwarze G. A. 1871 S. 722. v. Holtzendorff in seinem Handb. III S. 425.

III. Der s. g. dolus generalis im Gegensatz zum dolus specialis in verschiedener Bedeutung der Worte.

In einem eigenthümlichen Sinne hat man den Ausdruck dolus generalis seit Weber (N. A. VII a. a. O.) öfter verwerthet, um den Fall zu einem einheitlichen (von einem dolus generalis zusammengefaßten) zu machen, wenn Jemand durch eine zur Verwirklichung seiner Absicht unternommene Handlung seine Absicht irrthümlicherweise vollkommen verwirklicht zu haben glaubt (z. B. die Absicht zu tödten durch Tödtung verwirklicht zu haben meint) und in diesem Irrthum weiter handelnd erst den (früher nur vermeintlich erreichten) Erfolg wirklich herbeiführt. Ueber die

Streitfrage, ob hier ein vollendetes oder ein versuchtes Verbrechen (das letztere möglicherweise im Zusammentreffen mit einem fahrlässigen Verbrechen) vorliege, s. die oben angeführte Litteratur.

§ 32. 2. Die Fahrlässigkeit.

Hierher insbesondere gehören: Harscher v. Almendingen Untersuchungen über das culpose Verbrechen 1804. v. Löhr Die Theorie der Culpa 1806; Ders. Beiträge zu der Theorie der Culpa 1808. Hasse Die Culpa des röm. Rechts 2. Aufl. 1838. v. Buri Caussalität S. 27. v. Bar Zeitschr. für das Privat- u. öff. R. IV S. 21. Binding Normen II S. 116 u. a. a. O. Ders. Culpose Verbrechen im gem. röm. Rechte? Zwei Programme 1877. Pernice Labeo II S. 231, 377. Wahlberg Kl. Schr. III S. 268 (vgl. S. 101). v. Prittwitz und Gaffron G. A. 1883 S. 145.

I. Fahrlässigkeit ist nicht bloßer „Verstandesfehler" (v. Almendingen), sonst wäre an ihr nichts Strafwürdiges, sondern sie ist Willensfehler. Es gibt nicht bloß ein unwillkürliches (sinnliches oder intellectuelles), sondern auch ein willkürliches Aufmerken, welches den Zustand des Aufmerkens, die Aufmerksamkeit absichtlich durch Hervorrufen seiner Bedingungen herbeiführt. (Auf etwas aufmerksam sein, heißt: eine Vorstellung, Vorstellungsreihe, Vorstellungsmasse, dem Drange zum Sinken entgegen unverrückt festhalten — Volkmann Lehrb. d. Psych. II S. 197).

Die Fahrlässigkeit ist also nicht etwa ein „unbewußt rechtswidriges Wollen" (Binding; s. dagegen Krit. VJSchr. XIX S. 444). Es folgt auch nicht aus der Begründung derselben auf die Pflicht, aufmerksam zu sein, daß die fahrlässigen Verbrechen in ein Unterlassungsverbrechen (Unterlassen der gehörigen Aufmerksamkeit) zusammenschmelzen. Denn die Fahrlässigkeit für sich ist noch nicht das fahrlässige Verbrechen, so wenig wie der Dolus für sich das dolose Verbrechen. Das fahrlässige Verbrechen ist Uebelthat, fordert einen eingetretenen üblen Erfolg. Wenn dieser zunächst zurückzuführen ist auf eine Körperthätigkeit, die wir ein Handeln und nicht bloß ein Unterlassen nennen müssen, so liegt ein Begehungsverbrechen vor, zu dessen Begehung es aber darum gekommen ist, weil der Handelnde unterlassen hat, pflichtmäßige Aufmerksamkeit bei dem Handeln anzuwenden. Es wird nach dieser Auffassung auch nicht „unwillkürlich das Delict aus der

Uebelthat selbst in die Nichterfüllung einer Pflicht verlegt" (Brinz a. a. O. S. 156 N. 31). Im Gegentheil: diese Nichterfüllung ist unserer Auffassung nach nicht das Delict, sondern die ihm zu Grunde liegende Schuld ist die subjective Voraussetzung für das Delict, aber nicht das ganze Delict, welches nothwendigerweise auch einen objectiven Thatbestand als Uebelthat haben muß. Der Unterschied zwischen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen liegt überhaupt zunächst in einer verschiedenartigen Handlungsweise. Wer durch Schießen tödtet, hat unzweifelhaft per commissionem, nicht per omissionem getödtet, aber diese Handlung im e. S. ist möglicherweise auf ein in seinem Inneren vor sich gegangenes Unterlassen zurückzuführen, ohne daß dadurch die tödtende Handlung selber sich in eine Unterlassung umwandelte. Geht man (wie Brinz) auf das „nicht Nichtwollen" zurück, so ist damit zwar etwas psychologisch ganz Richtiges bezeichnet. Gewiß: weil der Thäter nicht energisch genug die Gesinnung, Uebelthaten zu vermeiden, erweckt und genährt hat, ist er zum fahrlässigen Verbrecher geworden. Aber ist es nicht eine Unterlassung, die ihm so zur Schuld fällt? Hätte er jenes energische Wollen nicht erwecken, nähren, heben sollen? Also wird da nicht auch das Delict in die Nichterfüllung einer Pflicht verlegt und zwar noch weiter zurück verlegt in die schuldhafte Nichterweckung eines festen Nichtwollens, aus welchem erst die gehörige Anspannung des Denkens und Bedenkens beim Handeln hervorgegangen wäre?

Die Verpflichtung zur „Aufmerksamkeit" ist natürlich im Allgemeinen um so größer, je wichtigere Güter durch ihr Außerachtlassen in Gefahr gesetzt werden. Schon dadurch steigert sich die Schuld und es stehen nicht etwa alle fahrlässigen Verbrecher einander gleich in der Strafwürdigkeit. Allein es darf auch nicht vergessen werden, daß die Strafe Vergeltung einer Uebelthat nicht bloß einer Willensschuld ist und daher vor Allem gemessen wird an der Größe des angerichteten Uebels, so daß, wer mit weitgehender frevelhafter Sorglosigkeit eine kaum merkbare Körperverletzung verursacht hat, doch nur in geringerem Maße strafbar ist, als wer fahrlässigerweise getödtet hat, ohne dabei besonders leichtfertig gehandelt zu haben.

II. Man kann es überhaupt gar nicht als eine ethische Pflicht erklären, daß der Mensch bei jeder Handlung alle Möglichkeiten

des Caussalzusammenhangs erwägen solle. Damit nähme alles Handeln ein Ende, weil irgend welche üble Erfolge immer möglich sind. Da nun auch das Unterlassen der Handlung solche Erfolge herbeiführen könnte, wäre man also stets schuldig, gleichviel ob man handelte oder nicht. Aber es wäre ferner auch eine unerfüllbare Forderung, von dem Menschen bei jeder Handlung die Concentrierung und höchste Anspannung aller ihm überhaupt zu Gebote stehenden Seelenkraft zu verlangen. Die Folge wäre schneller Verfall und Erschöpfung des physischen und psychischen Lebens. Noch viel weniger aber kann man Solches bei sonstiger Strafe verlangen. Einerseits wird dabei die Bedeutung der durch Fahrlässigkeit verursachten Uebel in Betracht kommen, wie dieß aus dem Begriffe des Verbrechens sich ergibt, und da die Schuld hier eine geringere ist als bei verbrecherischer Absicht, tritt gleichsam eine Compensation durch eine viel weitere Ausdehnung des Satzes: minima non curat praeter ein. Andererseits wird man bloß einen Durchschnittsmaßstab an die strafrechtliche Verantwortlichkeit anlegen können, d. h. man wird, abgesehen von dem Handeln in einer besonderen Berufsstellung, welche erhöhte Sorgfalt fordert (vgl. § 222 Abs. 2, 232 StGB.), Strafe nur eintreten lassen, wo jene Sorgfalt beim Handeln nicht angewandt wurde, welche der durchschnittlich bei dem gegenwärtigen Culturstande erreichbaren psychischen Ausbildung der Volksklasse entspricht, welcher der Handelnde angehört. Dieses Durchschnittsmaß ist aber wohl gemerkt als ein Maximum zu denken, über welches hinaus keine Anforderung bei Vermeidung von Strafe gestellt wird. Innerhalb dieser nach oben hin gezogenen Gränze jedoch ist jedes Individuum auch individuell zu beurtheilen. War dasselbe psychisch nicht so weit entwickelt, daß es jenes Durchschnittsmaß von Umsicht aufzuwenden vermochte, so kann man ihm das nicht zur Fahrlässigkeit anrechnen. (Wahlberg, der sonst so entschieden auf Individualisierung dringt, stellt Ges. kl. Schr. III S. 110 mehrere unrichtige Sätze auf.) Der Schwachsinnige hat das Recht, um diesen ungenauen Ausdruck zu gebrauchen, nicht nach einem Durchschnittsmaßstab zur Strafe gezogen zu werden, welcher hoch über seiner Entwicklungsstufe steht.

Die Fahrlässigkeit wird sonach die Schwelle der Schuldhaftigkeit in ganz individueller Weise überschreiten. Alles was Einfluß

hat auf die Zurechnung wird zu würdigen sein. Die Bildungsstufe spielt, wie schon angedeutet, dabei eine besondere Rolle, und zwar die individuelle wie die gesammte Volksbildung und der gesammte Culturstand des Gemeinwesens. Je höher die Cultur gestiegen ist, desto mehr Aufforderung zur Achtsamkeit in Bezug auf das immer mannigfacher und dichter gewobene Netz von menschlichen Gütern und Interessen!

III. Eine Abstufung der Fahrlässigkeit nach Graden der Strafwürdigkeit läßt sich nicht wie im Civilrecht durchführen. Dennoch hat die Unterscheidung zwischen bewußter Fahrlässigkeit (Frevelhaftigkeit, luxuria, „Geylheyt" in A. 146 der PGO.?) und unbewußter Fahrlässigkeit (Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit im e. S., negligentia) Werth und Bedeutung. Die erstere kann die höchste Stufe strafbarer Fahrlässigkeit erreichen, nicht so die letztere.

IV. Zusammentreffen von dolus und culpa. Feuerbachs culpa dol. determinata (der alte dolus indirectus, s. § 1 des österr. Str. G. B. und Erörterungen S. 21). Auch Frevelhaftigkeit und Unvorsichtigkeit im e. S. können zusammentreffen. Eine Anzahl Verbrechensbegriffe setzen sich aus einem dolosen und einem culposen Thatbestand zusammen. Ja unser StrGB. geht soweit, daß es Vergehen in Verbrechen im e. S. umwandelt, wenn sich entweder ein fahrlässig verursachter oder ein zufälliger (d. h. für den Thäter nicht voraussehbarer) Erfolg zu dem Vergehen hinzugesellt, vgl. die §§ 224 und 226 mit § 223, § 118 mit § 117, § 206 mit § 205, § 221 Abs. 3 mit Abs. 1 und 2, § 239 Abs. 2 und 3 mit Abs. 1, § 321 Abs. 2 mit Abs. 1, § 340 Abs. 2 mit Abs. 1! — Ueberhaupt sucht das Str. G. B. den Grundsatz durchzuführen, daß es ein Strafschärfungsgrund sei, wenn fahrlässigerweise oder in Folge eines Zufalls durch eine strafbare Handlung eine schwere Körperverletzung oder eine Tödtung verursacht wird, falls nur jene strafbare Handlung eine solche ist, welche erfahrungsmäßig öfter Gefahr für Leib oder Leben von Menschen mit sich bringen, vgl. die §§ 178, 251, 307 Z. 1 (311), 312, 314, 315 Abs. 2, 316, 322 Abs. 2, 323, 324, 326, 327 Abs. 2.

V. Culpose Handlungen sind nach unserem Recht mit einer Ausnahme niemals Verbrechen im Sinne des § 1 StrGB., sondern höchstens Vergehen. Vgl. die §§ 163, 222, 230, 309, 314,

316, 318, 326, 329 Abs. 2 und 3, 330, 121, 347, Abs. 2, 345 Abs. 2, Concursordnung § 210. Jene Ausnahme betrifft die Hehlerei im e. S. (Partiererei), welche sowohl, wenn sie Vergehen ist (§ 259), als wenn sie ein „Verbrechen“ bildet (§§ 260, 261), auch dann schon vorliegt, wenn der Hehler „den Umständen nach annehmen muß“, daß die Sache, welche er hehlt, durch eine strafbare Handlung erlangt ist. Die Umstände müssen hier so liegen, daß sie zur Erwägung der Vitiosität der Sachen drängen, so daß sich der Hehler, wie der 3. Senat des Reichsgerichts (in dem Urtheil vom 28. April 1880 I S. 691, insbesondere S. 694) sich ausdrückt, „der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welcher sich ihm die Ueberzeugung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hätte aufdringen müssen, entzogen hat“. Die Auslegung Bindings (Normen II S. 620) und der bei ihm N. 941 Angeführten, daß mit den streitigen Worten „ein Fall des Vorsatzes“ bezeichnet sei, wäre dann richtig, wenn es hieße „annimmt“ statt „annehmen muß“. Daß der Hehler wirklich die Vitiosität angenommen hat, wird eben nicht gefordert. Wenn Binding sagt: die Verbindung jener culpa mit der im § 259 verlangten gewinnsüchtigen Absicht sei undenkbar, so übersieht er, daß der § 259 bloß ein Handeln um des eigenen Vortheils willen, nicht um eines rechtswidrigen Vortheils willen verlangt. Die Beispiele einer Verbindung von culpa mit solcher Absicht bietet der alltägliche Verkehr in ungezählter Masse. Zu weit geht auf der anderen Seite v. Liszt Lehrb. S. 310 N. 11, wenn er „jede strafrechtlich relevante Culpa“ (die Reservation: „in weitaus den meisten praktisch vorkommenden Fällen“ ist unklar) für genügend erklärt. Historisch liegt der Ursprung der gesetzlichen Formel in der Absicht des Gesetzgebers, eine Beweisschwierigkeit zu beseitigen, und ihre praktische Bedeutung fällt im Wesentlichen zusammen mit einer praesumtio doli. Wenn aber der zweite Senat des Reichsgerichts in einem U. vom 29. Sept. 1882 (E. VII S. 85) in den fraglichen Worten eine „bloße Beweisregel“ erblickt, gilt gegen ihn was Binding a. a. O. bemerkt. Höchst seltsam ist es, daß der zweite Senat den Fall „in das Gebiet des indirecten Dolus“ verweist, wenn der Angeklagte sich der Erwägung der (für die Vitiosität der Sache) sprechenden Umstände „absichtlich entzogen hat“!

§ 33. Zurechenbarkeit der That. (Caussalzusammenhang).

Berner § 89, vgl. S. 483. Schütze S. 100. Meyer S. 189. v. Wächter S. 140, 225. v. Liszt S. 76. Hälschner S. 227, 283. Stübel Thatbestand §§ 68, 117. Luden Abhandl. II S. 202. Baumeister Bemerk. zur Strafgesetzgebung 1847 S. 1. Krug Abhandl. S. 46. Geyer G. A. 1865 S. 239 und 313. v. Bar Die Lehre vom Caussalzusammenhang 1871 (vgl. Krit. VJSchr. XIV S. 161). v. Buri Ueber Caussalität u. deren Verantwortung 1873. Pfizer Gerichtsf. 1875 S. 548. Ortmann G. A. 1875 S. 268, 1876 S. 93. Binding Normen I S. 39; II S. 43. v. Buri Gerichtsf. 1877 S. 269, 1880 S. 372. Cohn Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I S. 341, 488. Hertz a. a. O. S. 167. Lammasch Handlung und Erfolg in Grünhuts Zeitschr. IX (auch im Separatabdruck).

I. Damit eine Veränderung in der Außenwelt einem Menschen zurechenbar sei, muß er eine der Ursachen derselben sein. Die Zurechenbarkeit ist also Voraussetzung für die Strafbarkeit, nicht aber die einzige Voraussetzung. Trotz vorhandenen Caussalzusammenhangs ist keine Zurechnung möglich, wenn der Thäter nicht zurechnungsfähig war oder das, was er verursacht hat, weder gewollt hat, noch (nach den über die Fahrlässigkeit geltenden Regeln) als nicht unwahrscheinlich vorausgesehen hat oder es doch voraussehen sollte. — Ein schiefer Ausdruck für die Bejahung der Frage nach dem ursachlichen Zusammenhang zwischen einem Ereigniß und einem menschlichen Verhalten ist imputatio facti (als angeblicher Gegensatz zur imputatio juris, der Zurechnung).

II. Menschliche Thätigkeit kann nie die alleinige Ursache einer Veränderung in der Außenwelt sein. Der Caussalzusammenhang zwischen dem Verhalten eines Menschen und dem Erfolg desselben ist aber überall vorhanden, wo jenes eine der Ursachen des Erfolgs ist, ohne daß man weiter unterscheiden kann zwischen einer überwiegenden Caussalität des Menschen und einer überwiegenden Caussalität anderer Ursachen, so daß in dem letzteren Fall die Verantwortlichkeit des Menschen für den Erfolg wegfiele. Ebensowenig muß menschliche Thätigkeit die „letzte Ursache“ (Ursache im e. S. nach Wundt Logik I 1880 S. 537) in der zum Erfolg führenden Caussalreihe sein, was sie gerade bei den ver-

brecherischen Erfolgen nur ganz ausnahmsweise sein kann (so ist z. B. bei Tödtung oder Körperverletzung die letzte Ursache des Erfolges eine psychiologische Veränderung in dem Verletzten, beim Betrug ein psychischer Vorgang in diesem, bezw eine von diesem vorgenommene Handlung).

(Unwesentlich ist es selbst für die Zurechnung zum Dolus, welche Vorstellung sich der Handelnde von dem Verlauf des Caussalzusammenhangs macht, sofern nur das, was er bewirkt, nicht in strafrechtlich erheblicher Weise abweicht von dem, was er bewirken wollte, weßhalb z. B. Verwechslung verschiedener sog. Gifte den Thatbestand der Tödtung ebenso wenig berührt wie der Umstand, daß derjenige, welcher über einen Abhang hinuntergestürzt wurde, damit er im Fluß ertrinke, schon beim Hinabstürzen an den Felsen zerschellt (vgl. l. 7 § 7 D ad. leg. Aquil.). Anders dagegen, wenn die Thätigkeit durch irgend welche Umstände eine strafrechtliche Bedeutung erhält, welche sie nach dem Willen des Thäters nicht haben sollte, wie wenn z. B. beim Laden des Gewehrs, mit dem später ein Mord an dem Feind des Ladenden begangen werden soll, dieser beim Laden anwesende Feind durch Zerplatzen des Gewehrlaufs u. s. w. getödtet wird, wenn der zu Vergiftende das für die später vorzunehmende Vergiftung bereit stehende Gift unversehens zu sich nimmt u. s. f. Der Caussalzusammenhang fehlt da natürlich nicht, aber die Tödtung kann nicht als dolose zugerechnet werden.)

III. Die Handlungsweise des Verbrechers muß nicht eine solche sein, welche den Erfolg nothwendigerweise unter allen Umständen bewirken mußte oder besser gesagt nicht eine solche, bei welcher das Ausbleiben des Erfolgs gar nicht denkbar war. Es genügt, daß der Erfolg wirklich durch die Thätigkeit des Verbrechers verursacht worden ist. Namentlich ist daher die alte Unterscheidung zwischen absoluter und relativer (individueller) Tödtlichkeit oder Letalität, gegen welche zuerst Stübel einen siegreichen Feldzug geführt hat, zwar nicht unwichtig für die Beweisfrage, insbesondere bei mangelndem Geständniß (und zwar auch betreffs der Intensität des verbrecherischen Willens), aber keineswegs ausschlaggebend für die Annahme oder Nichtannahme von Tödtung. Vgl. Hoffmann Lehrb. der gerichtl. Med. I S. 348. (Bayern 1813 Art. 143. Preußen § 185. Oesterreich § 134).

IV. Ausdrücklich hervorzuheben ist, daß auch ein ganz außergewöhnlicher dem regelmäßigen Verlauf der Dinge fremder, ja widersprechender Erfolg dennoch im Caussalzusammenhang mit der Thätigkeit steht, welche ihn unter Hinzutritt weiterer, nur in seltenen Fällen zusammentreffender Mitursachen bewirkt hat. Auch ein solcher Erfolg ist also, insofern er gewollt wurde, zum Dolus zuzurechnen, während die Zurechnung zur Fahrlässigkeit dagegen nicht möglich ist. Ueber ein bloßes Wünschen kann auch in den hierhergehörigen Fällen die Begierde hinausgehen bis zum Wollen. Ganz richtig sagt Hälschner S. 286: „Wollen, beabsichtigen kann der Mensch nur, was er sich bewußt ist, zu vermögen". Weniger richtig fährt er S. 287 (in Uebereinstimmung mit v. Buri Gerichtss. 1877 Beil. S. 147) fort: „Mit seinen Wünschen kann der Mensch über sein Vermögen hinausgehen, er kann, von seinem Wunsche veranlaßt, es unternehmen, irgend eine Bedingung des gewünschten Erfolges zu setzen, aber er hat, wenn er dabei hoffte, daß der Zufall die weiteren Bedingungen hinzufügen werde, weil es über sein Vermögen ging, alle den Erfolg verursachenden Kräfte in Wirksamkeit zu setzen, den zufälligen, seinem Wunsch entsprechenden Erfolg nicht als vorsätzlich verursacht zu verantworten". Allein: alle den Erfolg verursachenden Kräfte in Wirksamkeit zu setzen vermag der Mensch sehr gewöhnlich nicht (von einer solchen Wirksamkeit, welche als Ursache die Wirkung nothwendigerweise mit sich führt, gar nicht zu reden) und ganz gewöhnlich rechnet er auf den Hinzutritt „mitwirkender Kräfte", deren Mitwirkung insofern für ihn ein Zufall ist, als er sich außer Stand sieht, für sie eine Ursache zu setzen. Insbesondere wird so sehr häufig auf ein das verbrecherische Unternehmen förderndes Verhalten desjenigen gerechnet, gegen den das Verbrechen beabsichtigt ist. Je unsicherer die Rechnung ist, desto mehr wird man allerdings statt von einem Erwarten, vom bloßen Hoffen reden. Allein das Wollen des Erfolgs ist nur ausgeschlossen durch das Bewußtsein, daß er unerreichbar ist, nicht durch das Bewußtsein, daß sein Eintritt unwahrscheinlich ist. Das Maß der vom Thäter vorausgesetzten Unwahrscheinlichkeit kann nicht zur Gränzbestimmung zwischen Wollen und Wünschen dienen. Auch wer einen Anderen, in der Hoffnung, daß er vom Blitz erschlagen werde, veranlaßt, sich während des Gewitters unter einen Baum

zu stellen,*) ist Mörder, wenn das Gehoffte eintritt, sowie derjenige Mörder ist, der hofft, daß das von ihm mit der Absicht einen Andern zu tödten bereit gestellte Gift von diesem genossen werde, obwohl aus irgend welchen Gründen es ihm äußerst unwahrscheinlich war, daß dieß geschehen werde, falls nun seine Hoffnung doch in Erfüllung geht. Ebenso ist derjenige Mörder, welcher einen Anderen animo necandi erschießt, obwohl er fest überzeugt war, daß es nur ein sog. außerordentlicher Zufall sein werde, wenn er bei seiner Ungeschicklichkeit, der Dunkelheit, der Entfernung u. s. w. treffen und gar tödtlich treffen werde. — Ein Anderes ist die Beweisfrage. Wir stehen hier nicht selten vor Handlungen von ganz harmlosem Aeußeren (ähnlich wie bei den sog. Vorbereitungshandlungen); auch das Geständniß wird sich hier als ein sehr unzuverlässiges, unzureichendes fundamentun inquisitionis herausstellen.

V. Eine eigenthümliche Sachlage ergibt sich, wenn als Zwischenursache zwischen die Handlung des Verbrechers (A) und deren Erfolg eine den Erfolg absichtlich herbeiführende menschliche Thätigkeit eines Anderen (B) tritt. Hier ist es zwar ganz am Platz, den Erfolg auch dem A zuzurechnen, wenn er die absichtliche Thätigkeit des B als Mittel für seinen (des A) Zweck hervorgerufen hat (Anstiftung); anders hingegen, wenn dieß nicht der Fall ist. Wenn A den C mit der Absicht ihn zu tödten niederschlägt und C dann ohne Zuthun des C von B wehrlos angetroffen und getödtet wird oder auch wenn A den C durch Gift tödten will, C aber das Gift als solches erkennend in selbstmörderischer Absicht mittelst desselben sich tödtet, so ist der Erfolg (bezw. der vollendete Mord) dem A nicht zuzurechnen. Obwohl auch hier der Caussalzusammenhang nicht „unterbrochen" ist, so entspricht es doch der ethischen Werthschätzung solcher Thaten, sie nicht den Fällen gleichzustellen, in welchen eine nicht nach dem Erfolg bewußt hinstrebende menschliche Kraft diesen vermittelt. Wer mit Tödtungsabsicht verwundend blos durch die Verwundung Anlaß gibt zu einer todbringenden Fahrlässigkeit des Arztes oder des Verwundeten, wird für den Erfolg

*) Ein Beispiel, das Hälschner gibt und bei dem man auch fragen kann: Wie denn, wenn Jemand so an eine Stelle gelockt wird, wo erfahrungsmäßig der Blitz sehr häufig einschlägt? (Aehnliches läßt sich mit Bezug auf Ueberschwemmungen, Sturmfluthen u. s. w. denken.)

haften (ebenso wie unter ähnlichen Voraussetzungen, aber eben nur wegen Fahrlässigkeit der fahrlässig Handelnde — vgl. RGE. vom 12. April 1880 [I S. 578], 28. Febr. 1881 [A. III S. 359], 2. Mai 1882 [E. VI S. 249]). Wer einen Anderen zum Verbrechen bestimmt, wird ebenfalls mit Recht haftbar für den verbrecherischen Erfolg gemacht; ihm ist nicht gleichzustellen wer nur Anlaß gab, daß der Andere ein doloses Verbrechen begeht, ohne auf diesen anstiftend einzuwirken. Und wenn Anstiftung zum Selbstmord nicht strafbar ist, kann man eine Handlung, die den Anstoß zu einem Selbstmord gegeben hat, nicht der Anstiftung zum (vollendeten) Mord gleich strafen.

§ 34. Insbesondere der Caussalzusammenhang bei Unterlassungen.

H. H. II S. 118 (Schaper); IV S. 92 (Geyer); Berner § 90. Schütze S. 101. Meyer S. 196. v. Wächter S. 195. v. Liszt S. 79. Hälschner S. 234. Spangenberg N. A. IV S. 527. De Vries De del. omissionis 1831. Luden Abhandl. I S. 467; II S. 219. Krug Abh. S. 21. Glaser Abh. aus dem österr. Strafr. I 1858 S. 287. Geßler Dolus S. 241. Geyer Erörterungen S. 16. Merkel Criminalist. Abh. I 1867 S. 76. v. Buri Gerichtss. 1869 S. 189. v. Bar Caussalzusammenhang S. 90. Ortmann Strafrechtsz. 1873 S. 465; Gerichtss. 1874 S. 439, 1875 S. 209. v. Buri eb. S. 25 und Caussalität S. 96. Binding Normen I S. 36; II S. 206. Ortmann Gerichtss. 1876 S. 82. v. Buri eb. S. 170. Ortmann G. A. 1875 S. 268, 1876 S. 93. v. Buri eb. S. 89 und Gerichtss. 29. Bd. Beil. (1878) S. 93. Aldosser Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? 1882. Hertz a. a. O. S. 196. Cohn a. a. O. S. 533. Schwalbach Gerichtss. 1879 S. 539, 602 u. 1881 S. 386. Ortmann eb. 1878 S. 359 und 1880 S. 173. Seligsohn G. A. 1880 S. 210. v. Buri Zeitschr. I S. 400. v. Berger Grünhuts Zeitschr. IX S. 734. Rotering Gerichtss. 34 S. 206. Glaser eb. S. 146. Ofner Caussalnexus bei Unterlassungen (S. A.) 1882. Haupt Zeitschr. II S. 533. Sturm Die Commissivdelicte durch Unterlassung und die Omissivdelicte 1883. Vgl. auch Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft 1879 S. 60.

1. Ob auch eine Unterlassung caussal werden könne, ist die wichtige Hauptfrage in der Lehre von den strafbaren Unterlassungen. Indessen nicht die einzige. Sie hat nur Bedeutung

für die sog. unechten Unterlassungsverbrechen. Man unterscheidet nämlich: Echte oder reine Unterlassungsverbrechen, delicta omissionis, Uebertretungen eines durch Strafe sanctionierten Gebotes (Präceptivgesetzes), und unechte Unterlassungsverbrechen, delicta per omissionem commissa, Uebertretungen eines unter Strafe erlassenen Verbotes (Prohibitivgesetzes).

2. Verhältnißmäßig einfach erledigt sich die Betrachtung der ersteren. Die Hauptsache ist dabei genaue Interpretation des betreffenden Gebotes. Dieses kann nicht anders erfüllt werden als durch Handeln, ihm kann nicht anders Ungehorsam geleistet werden als durch Unterlassung. Meistens sind es polizeiliche Gebote, die wir heutzutage in unserem Strafrecht vorfinden; s. aber auch § 139 StrGB.

3. Schwieriger wird die Beantwortung der Frage: Inwiefern können Verbote durch Unterlassungen übertreten werden? Da die Verbote untersagen, das Verbotene zu verursachen, so muß man weiter fragen: Können Unterlassungen caussal sein? —

Bei der Beantwortung dieser Frage darf man sich von der Mißbilligung unmoralischer, staatsgefährlicher, niederträchtiger Gesinnung nicht verleiten lassen zu Präsumtionen oder Fictionen eines Caussalzusammenhangs wo keiner vorhanden ist, darf nicht auf den antiquierten dolus subsequens zurückgreifen, nicht innere und äußere Handlung verwechseln. Auch die Zuflucht zur inneren Handlung hilft nichts. Der innere Entschluß, nicht zu handeln, welcher einem Reiz oder Antrieb zu handeln entgegentritt, ist nicht caussal für das in Folge dessen nicht verhinderte äußere Ereigniß (z. B. den Tod eines Menschen), weil jener etwaige Reiz oder die Neigung, das Ereigniß zu verhindern, selber noch nicht zu einem Hinderniß für das Eintreten des letzteren geworden war. Einen Erfolg nicht verhindern heißt nicht zu demselben mitwirken und daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Nichthindernde früher für den Erfolg caussal geworden ist. Allerdings kann aber das Unterlassen von Handlungen eine Ursache für den Eintritt eines Erfolgs werden, wenn dasselbe eine psychische Wirkung auf lebende Wesen (Menschen oder Thiere) äußert, so daß diese zu einem den Eintritt des Erfolgs mitverursachenden Verhalten veranlaßt werden. Nennt man ein solches Unterlassen der Kürze wegen concludent, so ergibt sich der Satz: Nur durch

concludente Unterlassungen kann ein Begehungsverbrechen verübt werden. „Concludent“ in diesem Sinne kann z. B. das Nichtzurückrufen des einen Menschen anfallenden Hundes, das Nichtanhalten der im Lauf befindlichen Pferde sein, ebenso das Nichtwarnen eines Anderen bei der Annäherung an eine gefährliche Stelle u. dgl., wenn der Andere auf eine Warnung rechnet.

Eine in der angegebenen Weise psychisch wirkende Unterlassung liegt also möglicherweise dann vor, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht (Dienst- oder Amtspflicht, Pflicht der Eltern zur Ernährung der Kinder, vertragsmäßige Verpflichtung des Eisenbahnpersonals, der Dienstboten u. s. w.); durch ein solches Rechtsverhältniß entsteht eine Erwartung, daß pflichtmäßig gehandelt werde. Der Locomotivführer würde nicht weiter fahrend den Unfall bewirken, wenn er nicht eine Warnung (also eine Handlung) des Bahnwärters erwartete, sobald eine Gefahr vorhanden ist. In anderen Fällen aber liegt gar kein bloßes Unterlassen vor, sondern zugleich ein den Erfolg verursachendes Handeln, wie z. B. wenn Eltern ihre Kinder absichtlich „verhungern lassen“ neben dem Nichtreichen von Nahrung verschiedene (positive) Veranstaltungen zur Beseitigung aller Hindernisse dieses Vorhabens einhergehen werden. Aehnlich wenn der Gefangenwärter einen Gefangenen verhungern läßt. Vgl. Krit. VJSchr. N. F. V S. 243 (und schon S. 241).

§ 35. Unzurechenbarkeit der That wegen Zwangs und Irrthums.

H. H. II S. 169, 172 vgl. S. 154 (Schaper), IV S. 99, 106 (Geyer). Berner S. 91. Schütze S. 114, 127. Meyer S. 160. v. Liszt S. 114. v. Wächter S. 169. Hälschner S. 263. Geib N. A. 1837 S. 561, 1838 S. 36. Pfotenhauer Der Einfluß des fact. Irrthums und der sog. Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen; zwei Abth. 1838, 1839. Luden Abhdl. II S. 205, 291. Krug Abhandl. S. 188. Bierer Gerichtss. 1860 S. 553. Pfotenhauer eb. 1861 S. 253. Geßler eb. 1863 S. 176. Berner Grunds. d. preuß. Strafr. 1861 S. 74. Geyer Erört. S. 33. Walther Krit. VJSchr. IV S. 523 und VI S. 217. Häberlin Gerichtss. 1865 Beil. Walther eb. 1866 S. 401. Stockar

Die Lehre von der Aberration 1864. Hassenstein G.A. 1871 S. 153. v. Bar Caussalzusammenhang S. 71. v. Buri Caussalität S. 82. Schneider De vi ignorantiae et erroris quoad del. consummatum 1873. v. Buri Bl. f. Rechtspfl. in Thür. 1876 S. 199. Binding Normen II S. 412 ff. und a. a. Stellen. Hälschner Gerichtss. 35 S. 3. — Insbesondere auf den Fall Rose und Rosal beziehen sich Böhlau Der Criminalproceß Rose und Rosal 1859. (Goltdammer) G.A. 1859 S. 322. Hälschner eb. S. 433. Böhlau eb. 1860 S. 156. Geßler Dolus S. 240 Nr. 2. Ueber den Fall Thomas s. Hälschner G.A. 1876 S. 1. Berner Weserzeitung v. 23. Dec. 1875. Lueder eb. 30. Dec. 1875. v. Bar Gränzboten 1876 I S. 161. Heinze Allg. Zeitung 1876 Nr. 36, 37. v. Holtzendorff D. Rundschau VI S. 409. Binding Normen II S. 436. Lucas a. a. O. S. 52.

I. Absoluter Zwang, Gewalt („unwiderstehlicher Zwang" im § 52 StrGB.) schließt die Zurechenbarkeit der That, welche nur durch den Zwang bewirkt wird, also keine Handlung ist, aus. Eine nicht absolut zwingende Gewalt (vis compulsiva), welche nicht bloß durch Drohungen, sondern auch durch mechanische Einwirkung ausgeübt werden kann, schließt nicht die Zurechenbarkeit der That zum Willen, aber möglicherweise die Zurechnungsfähigkeit (Selbstbestimmungsfähigkeit) des Wollenden aus. Der absoluten Zwang Anwendende macht den Gezwungenen zum Werkzeug, ist daher der verantwortliche Thäter des von diesem in Folge des Zwangs Gethanen.

II. Das was gethan wurde, kann von dem was gewollt wurde, in strafrechtlich nicht erheblicher Weise (vgl. oben § 33 Z. 2) aber auch in strafrechtlich bedeutsamer Weise abweichen. Zum Dolus kann in einem solchen Fall das Gethane nicht zugerechnet werden, insoweit die That eine von der Absicht des Thäters abweichende Bedeutung erhalten hat; möglicherweise ist zur Fahrlässigkeit zuzurechnen. Um hier Gerechtigkeit zu üben, muß man sich in die Seele des Thäters hineinzuversetzen trachten. Was wollte er? welchen Erfolg beabsichtigte, erwartete er oder sah er voraus? welchen konnte er voraussehen? Hat er geirrt betreffs der Voraussetzungen, unter welchen er seine That in die Welt hinaussandte, so muß man sich fragen: Wie wäre die That zu

beurtheilen, wenn die irrigen Voraussetzungen des Thäters nicht rrige wären? Dieß bildet den Maßstab für die Würdigung des Irrthums, ob er nun Irrthum in Thatsachen im e. S. oder Irrthum über die Thatsache des Bestehens bezw. Inhalts von Rechtssätzen und insbesondere über deren Anwendbarkeit auf die beabsichtigte That ist. (Ueber den ercor juris criminalis s. oben § 30 Z. 4.) In dieser Weise ist § 59 Str. G. B. aufzufassen.

Der „Irrthum" bezieht sich also auf den objectiven Thatbestand des Verbrechens und niemals auf bloße Nomenclatur, daher es wohl überflüssig ist, wie Binding S. 64, die Frage aufzuwerfen, ob es in Betracht komme, wenn der Verbrecher seinen Dolus für Fahrlässigkeit, seinen d. praemeditatus für Affect hält, (d. h. so nennt). Unrichtig aber ist es, wenn Binding a. a. O. die irrige Annahme von nicht vorhandenen strafbedingenden, straferhöhenden und strafmildernden Umständen irrelevant erklärt. Wenn also eine Mutter glaubt ihr uneheliches neugebornes Kind zu tödten, aber es mit einem älteren Kind verwechselt, so wäre sie hiernach des gemeinen Mordes schuldig, und wenn ein Mann glaubte seine Frau zu bestehlen, während die entwandte Sache einem Dritten gehört, wäre er wegen Diebstahls zu bestrafen Aber in der irrigen Annahme des Vorhandenseins nichtvorhandener Thatumstände liegt ja zugleich die irrige Nichtannahme vorhandener Thatumstände und daher ist ohne Weiteres der § 59 auf die obigen Fälle anwendbar.

Entscheidungen des Reichsgerichts: Irrthum betr. civilrechtlicher Bestimmungen — 16. Apr. 1880 (I S. 610) und 25. Jan. 1881 (II S. 755), insbesondere eherechtlicher — 15. Oct. 1883 (E. IX S. 34). Bedenklich, weil den Grund der Strafbarkeit des im § 173 bedrohten Verbrechens verkennend ein RGE. vom 10. Nov. 1881 (III S. 709), wornach bei Blutschande die Berufung auf eine im Irrthum über das civilrechtliche Eheverbot abgeschlossene Ehe nicht entschuldigen soll. Zu § 59 Abs. 2: Entsch. vom 12. Oct. 1880 (II S. 326), 27. Mai 1881 (E. IV S. 234), 16. März 1882 (E. VI S. 111), 27. März 1882 (eb. S. 121). In Bezug auf den § 15 des Ges. betr. die Wechselstempelsteuer, der „weder Vorsatz noch eine schuldhafte Fahrlässigkeit" fordert, Entsch. vom 20. Nov 1882 (IV S. 822). Die Entsch. vom 1. Juli 1881 (IV S. 453) erklärt mit Recht, daß der § 59 demjenigen nicht zu Statten komme,

welcher in dem thatsächlichen Irrthum handle, daß seine That nur auf Antrag verfolgbar sei.

III. Insbesondere die Verwechslung des Gegenstands (error in objecto) im Gegensatz zu der Abirrung oder Ablenkung der Handlung (aberratio actus). Die letztere ist kein wahrer Irrthumsfall, allerdings aber die erstere. Der Zufall spielt hier wie dort seine Rolle (Zufall im Sinn des Zusammentreffens zweier von verschiedenen Richtungen ausgehender Caussalreihen, aus welchen Componenten dann eine Wirkung resultiert, welche von demjenigen, der in die eine Caussalreihe eingegriffen hat, nicht beabsichtigt war. Vgl. Windelband Die Lehren vom Zufall 1870). Stehen also beide Fälle strafrechtlich einander gleich?

§ 36. Der Versuch des Verbrechens.

H. H. II S. 267 (v. Schwarze). Berner § 101. Schütze S. 132. Meyer S. 203. v. Liszt S. 131. v. Wächter S. 198. Binding S. 74. Hälschner S. 331. Cropp Commentatio de praeceptis j. Rom. circa puniendum conatum delinquendi 1813. Mittermaier N. A. I S. 163, II S. 602, IV S. 1. Hepp Versuche (1827) S. 256. Lelièvre Comm. de conatu del. 1828. Zachariä Die Lehre vom Versuche der Verbr., 2 Theile, 1836, 1839. Luden Abhandl. I 1836. Pfotenhauer Der Einfl. des fact. Irrthums auf die Strafb. des vers. Verbrechens 1838. Bauer Abhandl. I 1840. Otto Vom Vers. der Verbrechen 1854. Krug Die Lehre vom Versuche 1855. Zachariä G. A. 1855 S. 162, 289, 1857 S. 577. Osenbrüggen Abhandl. S. 34. v. Bar Zur Lehre von Vers. u. Theiln. am Verbr. 1859. Chop Ueber die Gränze zwischen Vorbereitung u. Versuch eines Verbrechens 1861. Berner Grundſ. S. 1. Geyer Erört. S. 47. Walther Krit. VJSchr. V S. 26. Häberlin Gerichtsſ. 1864 S. 218. Rubo eb. 1865 S. 1. Geyer eb. 1866 S. 35. v. Buri eb. 1867 S. 60, 1868 S. 325. Seeger Die Ausbildung der Lehre vom Vers. der Verbr. in der Wissenschaft des Mittelalters 1869; Ders. G. A. 1870 S. 227. v. Tippelskirch eb. 1871 S. 481. Spaltenstein Gerichtsſ. 1873 S. 44. Lindgren De con. delinquendi 1874. Hertz Ueber den Vers. mit untaugl. Mitteln 1874. Oppermann Ueber die Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch 1875.

Fränkel Der Umfang des verbrecherischen Vers. im Gegensatz zu den Vorbereitungshandlungen 1875. Hiller Grünh. Zeitschr. V S. 284. v. Buri Gerichtss. 1876 S. 184, G. A. 1877 S. 265. Scherer Gerichtss. 1877 S. 481. Lammasch Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuches 1879. Seeger Der Vers. der Verbr. nach r. R. 1879. Binding S. 74 (111). Cohn Zur Lehre von versuchten und unvollendeten Verbrechen 1880; Ders. G. A. 1880 S. 361. Zimmermann eb. 1881 S. 182, 1883 S. 141, Gerichtss. 1881 S. 260. v. Buri eb. 1880 S. 321. Waag eb. S. 111. Geyer Zeitschr. I S. 30. v. Liszt eb. S. 93. v. Buri eb. S. 185. Goldfeld Ueber den Versuch mit untaugl. Mitteln u. s. w. 1882. Kärcher Gerichts. 34 S. 43. Janka Das österr. Strafgesetz und der subj. Versuch 1882 (dazu Ullmann Zeitschr. II S. 658). Spindler Das österr. Strafgesetz und die Versuchstheorieen 1882. Carrara Studi sul diritto perfetto 1879. Geyer Sul tentativo, Riv. penale XIV p. 369, XV p. 5. Oliva ib. XVI p. 5, 157. Garofalo Il tentativo con mezzi inidonei 1881 (S. A. aus dem Arch. di psich. II).

1. Vollendung und Versuch im Allgemeinen.

I. Der Gegensatz von Vollendung und Versuch hat nur Bedeutung für die dolosen Verbrechen. Vollendung liegt bei diesen im Allgemeinen dann vor, wenn die verbrecherische Absicht ihre volle Verwirklichung gefunden hat (nicht erforderlich ist, daß der Zweck des Verbrechers erreicht, sein Begehren in Befriedigung verwandelt ist). Sobald also das bei dem betreffenden Verbrechen als charakteristisches Begriffsmerkmal erscheinende Uebel eingetreten, liegt die Vollendung, consummatio delicti, vor. Von dieser Consummation im formellen Sinne ist aber bei jenen Verbrechen die materielle Vollendung zu unterscheiden, bei welchen ein weiteres Anwachsen des für sie charakteristischen Uebels, ohne daß dadurch der Verbrechensthatbestand in einen andern übergeht, stattfinden kann. Beispiele bieten namentlich die gemeingefährlichen Verbrechen. Brandstiftung, Ueberschwemmungserregung sind erst materiell consummiert und haben erst dann die volle Höhe ihrer Strafbarkeit erreicht, wenn das Feuer bezw. die Wasserfluth nicht weiter schädigend um sich greift. Bei der Körperverletzung ist dasselbe insofern zu sagen, als durch die

Fortwirkung der Verletzung sich nicht etwa leichte in schwere, schwere in tödtliche Verletzung verwandelt. Auch beim Diebstahl läßt sich formelle und materielle Vollendung unterscheiden und eine der Nuancen der Ablationstheorie hat nur darin gefehlt, daß sie die formelle Vollendung nicht annehmen wollte, wo blos die materielle noch fehlt. Die Unterscheidung zwischen beiden Arten der Vollendung ist besonders wichtig für die Lehre von der Theilnahme (bezw. die Abgränzung der Theilnahme von der Begünstigung) und für die Lehre von der Verbrechensverjährung.

II. Geschichtliche Entwicklung.

III. In den Strafgesetzen wird öfter der Thatbestand einer Verbrechensart so definiert, daß als Vollendung zu behandeln ist, was der Natur der Sache nach ein bloßer Versuch wäre. So in den §§ 131, 146, 229, 234, 253, 258, 298, 301, 302, 302 a, 302 b.

Ferner ist in einer Anzahl von Fällen das bloße „Unternehmen" der Vollendung gleichgestellt. So in den §§ 81, 82, 105, 114, 122 Abs. 1, 159, 357 (in diesen beiden Fällen genügt ein Unternehmen der Verleitung; vgl. § 49 a). S. auch das Salzsteuergesetz § 11, das Vereinszollgesetz §§ 134, 135, das Tabaksteuergesetz §§ 32, 38. Streitfrage: ob es auch einen Versuch des Unternehmens gebe? Die Definition im § 82: „Als ein Unternehmen, durch welches das Verbrechen des Hochverraths vollendet wird, ist jede Handlung anzusehen, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll" gibt keine allgemein anwendbare Definition des Unternehmens im Sinne des StrGB. — s. RGE. 9. Nov. 1880 (II S. 483, mit Beziehung auf § 159). Vgl. Thomsen Mag. f. d. d. R. der Gegenw. III S. 125.

IV. Begriff des Versuchs als der theilweisen Verwirklichung der verbrecherischen Absicht. Also ist zweierlei erforderlich:

1. Verbrecherische Absicht. Auch d. eventualis genügt.

2. Eine theilweise Verwirklichung des Gewollten. Dieses muß so in That umgesetzt werden, daß auf Grund der Inductionsschlüsse, welche uns die Erfahrung an die Hand gibt, eine Gefahr der vollen Verwirklichung der Absicht d. h. des Eintritts jenes Uebels vorliegt, welches das Verbrechen charakterisiert.

In dieser Hinsicht ungefährliche Handlungen, (s. g. untaugliche Versuchshandlungen) sind überhaupt nicht (verbrecherische) Versuchshandlungen. Der (strafbare) Versuch muß wie jedes

Verbrechen eine Uebelthat, also mindestens eine gefährliche Handlung, nicht eine gefahrlose „Offenbarung" des Dolus sein. Die Gefährlichkeit des Verbrechers an die Stelle der Gefährlichkeit seiner Handlung zu setzen wie z. B. Garofalo thut, entspricht dem polizeilichen, die Staatsbürger der Willkür preisgebenden Standpunkt der Naturalisten.

Die Abläugnung des Unterschiedes zwischen gefährlichem und ungefährlichem Versuch ist leere Spitzfindigkeit.

V. Man kann beendigten Versuch (delictum perfectum, delit manqué, fehlgeschlagenes Verbrechen) und unbeendigten Versuch (delictum attentatum) nicht mit der Bedeutung, daß jener unbedingt strafbarer sei, als dieser, einander entgegenstellen. Andererseits läßt sich auch keine feste Gränzlinie aufstellen zwischen strafbaren Versuchs- und straflosen Vorbereitungshandlungen. Criminalpolitische Erwägungen befürworten die Straflosigkeit solcher Versuchshandlungen, aus denen die Richtung des Willens auf ein bestimmtes Verbrechen nicht einmal mit einiger Sicherheit erkennbar wird; bei minder schweren Verbrechen tritt dazu die Anwendbarkeit des bekannten minima non curat pr.! — Eine Ausnahme von der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen bildet bei uns § 86 StrGB.; keine wahre Ausnahme § 151.

VI. Der Versuch ist milder zu strafen als das vollendete Verbrechen, weil er diesem gegenüber eine geringere Uebelthat ist. Rücktritt vom Versuch bezw. Abwendung des Erfolgs beim sog. beendigten Versuch ist kein Strafausschließungs- sondern höchstens ein Strafmilderungsgrund (dafür früher z. B. Kleinschrod, das sächs. Crim.G.B., in der neueren Zeit Osenbrüggen, John Entw., Ullmann Gerichtss. 1880 S. 532. Vgl. überhaupt über den Rücktritt vom Versuch Zachariä G. A. 1857 S. 588; (Goltdammer) eb. 1860 S. 618. Berner Gerichtss. 1865 S. 97. v. Tippelskirch G. A. 1871 S. 481. Meves Gerichtss. 1872 S. 161. Häberlin eb. S. 269. v. Buri eb. 1876 S. 186. Binding Normen I S. 43 N. 89, II S. 250 N. 309.

§ 37. 2. Das geltende Recht.

I. § 43 des StrGB. Aus demselben ergibt sich insbesondere, daß „Vorbereitungshandlungen" (abgesehen von ausdrücklichen

entgegengesetzten Bestimmungen) straflos sind, und daß mindestens die sog. „absolut untauglichen" Versuchshandlungen nicht strafbar sind.

Für das letztere spricht auch § 46 Z. 2. Bei dem „untauglichen" Versuch ist jede „Abwendung des Erfolgs", weil ein solcher ex hypothesi nicht eintreten kann, unmöglich; also wäre derselbe härter behandelt als der „taugliche", wenn er überhaupt unter § 43 fiele! Vgl. auch § 151 („dienliche Formen"). S. dagegen die Plenarentsch. des RG. vom 24. Mai 1880 (I S. 819); ferner RGE. 10. Juni 1880 (II S. 56), 28. Oct. 1882 (A. VI S. 426).

II. Abgränzung des Versuchs von der Vorbereitung. S. RGE. vom 15. Oct. 1883 (eb. S. 610) betreffs der Bigamie, betr. des Diebstahls RGE. vom 9. Juli 1880 (II S. 179), vom 13. Juni 1882 (IV S. 44), vom 5. Juni 1883 (V S. 407); betreffs des Betrugs RGE. vom 2. Juni 1880 (II S. 11), betr. der Urkundenfälschung RGE. vom 2. Oct. 1882 (IV S. 723). Bemerkenswerth namentlich, was in dem erwähnten RGE. vom 15. Oct. 1883 (V S. 611) gesagt ist: „Weder der Gesetzgebung noch der Wissenschaft ist es bisher gelungen, die ... Gränze zwischen strafbarem Versuch ..... und straflosen Vorbereitungshandlungen .... in abstracto mit absoluter Gemeingültigkeit zu normieren. Daß, wenn durch die fragliche Anfangshandlung auch nur ein Thatbestandsmerkmal des .... Verbrechens .... existent geworden, eine strafbare Versuchshandlung vorliege, entspricht der Praxis des Reichsgerichts". (Ob aber unter Umständen auch ohne die Erfüllung dieser Voraussetzung schon ein „Anfang der Ausführung" anzunehmen sei, darüber solle mit Rücksicht auf die Natur des betreffenden Verbrechens, die Absicht des Gesetzgebers und dem „Rechtsbedürfniß" (!) folgend, entschieden werden.)

III. Daß der Versuch einer Uebertretung nie bestraft wird, ist zu billigen. Verfehlt dagegen ist die (ebenfalls dem französischen Recht nachgebildete) Regel (§ 43 Abs. 2), daß der Versuch eines „Vergehens" straflos bleibt. Die Regel sollte vielmehr das Gegentheil sein. Unser Gesetzbuch verfährt dabei in der Feststellung von Ausnahmen zum Theil willkürlich. Der Vergehensversuch ist nämlich strafbar in den Fällen der §§ 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 303—5, 339, 350, 352. Hiernach wird also z. B. bestraft der Versuch der Sachbeschädigung (u. A. der Verletzung eines im fremden

Eigenthum befindlichen Thieres), nicht der Versuch der einfachen Körperverletzung (also der Verletzung eines Menschen)! Nicht bestraft wird der Versuch bei einer Anzahl von Vergehen, für deren Vollendung die höchste Strafe fünf Jahre Gefängniß, die höchste aller Vergehensstrafen, ist; siehe z. B. die §§ 125, 133, 142, 175, 187, 205, 216, 221, 223a, 235, 236, 237, 239, 259, 267, 274, 340, 348, 353, 353a, 354, 356. Dagegen ist strafbar der Versuch bei Vergehen, für welche als höchste Strafe ein Jahr Gefängniß festgesetzt ist (vgl. die §§ 241, 352), ja, wo die höchste Strafe sechs Monate beträgt (§ 140 Z. 2, zweiter Fall des § 160), und sogar, wo sie nur drei Monate beträgt (§ 148)! —

IV. Zum § 44 ist zu bemerken, daß nach Abs. 4 das Höchstmaß der Versuchsstrafe zu hoch (nach Abs. 2 und 3 eher zu niedrig) gegriffen ist.

Ausnahmsweise wird der Versuch der Vollendung gleich bestraft nach § 80 (Hochverrätherischer Mord und Mordversuch). Vgl. ferner die §§ 82, 102.

Daß der Mindestbetrag der Versuchsstrafe acht Tage Gefängniß (bezw. Festungshaft, vgl. § 161) ist, wenn der Mindestbetrag der auf die Vollendung gesetzten Strafe einen Monat Gefängniß (bezw. Festungshaft) beträgt (RGE. 13. Febr. 1882 — IV S. 163), ist im Hinblick auf den § 19 Abs. 1 und den Monat Februar nicht ohne Weiteres richtig.

V. Zu § 46 Abs. 1 vgl. das RGE. vom 7. Juni 1882 (IV S. 543), wo allerdings richtig bemerkt ist: „(Hielt der Thäter die Weiterführung der That) nicht für möglich und gab deßhalb den Versuch auf, so ist sein Rücktritt auch dann kein auf seinem freien Entschlusse beruhender, wenn er sich über die Unmöglichkeit der Ausführung der That im Irrthum befand“. Lehrreich aber ist es, wie das Reichsgericht auf Grund der subjectiven Versuchstheorie sich gedrängt sieht, es als versuchte Abtreibung der Leibesfrucht zu strafen, wenn eine nur vermeintlich Schwangere ein ebenfalls nur vermeintlich als Abtreibungsmittel brauchbares Pulver zu sich nimmt.

VI. Zu § 46 Abs. 2 bemerkt sehr richtig das RGE. vom 3. Mai 1880 (I S. 720): „Die Entdeckung der That ist nicht gleichbedeutend mit der bloßen Wahrnehmung durch eine dritte Person. Es liegt vielmehr diesem Worte der Gedanke zu Grunde, daß die Abwendung des Erfolgs nicht mehr als eine freiwillige betrachtet werden kann,

wenn sich der Thäter bereits bewußt geworden war, daß die Wahrnehmung der That die Verhinderung des Eintritts des Erfolgs oder seine Strafverfolgung wegen derselben herbeiführen könne". Vgl. auch die RGE vom 8. Dec. 1880 und 11. Jan. 1882 (II S. 618, IV S. 37) und insbesondere das Erk. vom 12. März 1880 (I S. 453), welches ausführt, daß von einer Entdeckung nicht die Rede sein kann (§ 46 Abs. 2 also unanwendbar ist), wenn es zum Thatbestand des Verbrechens, wie z. B. bei der Erpressung gehört, daß der durch das Verbrechen Verletzte von der verbrecherischen Handlung Kenntniß habe.

Der ratio leges würde es entsprechen, wenn die Strafbarkeit in Abs. 2 des § 46 nicht von dem Umstande, daß die Handlung entdeckt ist, sondern davon, daß sich der Thäter entdeckt glaubt, abhängig gemacht wäre.

Daß der § 46 nur einen Strafausschließungsgrund für denjenigen, welcher ihm entsprechend sich verhält, aufstellt, zeigt die Lostrennung der Bestimmung von der Versuchsdefinition und der Ausdruck: „der Versuch als solcher". Richtig daher die RGE. vom 13. Jan. und 17. Juni 1881 (E. III S. 249, IV S. 290) und vom 6. Juni 1882 (IV S. 533).

§ 38. Theilnahme am Verbrechen.

H. H. II S. 319, IV S. 139 (Geyer). Berner § 108. Schütze S. 143. Meyer S. 234. v. Liszt S. 146. v. Wächter S. 240. Binding S. 83 (121). Hälschner S. 364. Tittmann Stübel N. A. II S. 369. Mittermaier eb. III S. 125. Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbr. 1828 (vgl. auch dens. Ueber den Thatbestand u. s. w. 1805 S. 29). Wolthers Diss. de auctoribus, sociis et fautoribus delictorum eorumque poenis 1823. Bauer Abhandl. I S. 409. Kitka Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbr. und deren Strafbarkeit 1842. O. Müller De auctorum et ministror. criminis differentia 1842. Ziegler Die Theiln. an einem Verbr. nach PGO. Art. 148, 1845. v. Hoorebeke Traité de la complicité etc. 1846. Hepp N. A. 1846 S. 313, 1848 S. 262. Berner Die Lehre von d. Theiln. am Verbr. u. s. w. 1847. Zachariä N. A. 1850 S. 265, 1851 S. 209. Fr. a Sinner De auxiliat. et soc. principal. in delinquendi conatu 1853. Krug Abhandl. S. 73. Osen=

brüggen Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII S. 82. v. Bar Zur Lehre v. Versuch u. Theiln. am Verbr. 1859. Arnold Gerichtss. 1859 S. 127. v. Buri Zur Lehre von der Theiln. an dem Verbr. u. der Begünstigung 1860. Berner Grunds. S. 18. Geyer Erört. S. 90. Glaser Gerichtss. 1864 S. 24 (Kl. Schr. I S. 107). v. Buri G. A. 1864 S. 505. Ders. Gerichtss. 1867 S. 278. (Goltdammer) G. A. 1865 S. 85. v. Kräwel eb. S. 145. Geyer eb. 1868 S. 593. v. Buri eb. 1869 S. 233. Langenbeck Die Lehre von der Theiln. am Verbr. 1868. Schütze Die nothwendige Theiln. am Verbrechen 1869. Ders. Strafrechtsz. 1869 Sp. 521. Herzog eb. 1871 S. 259. v. Buri Gerichtss. 1870 S. 1, 81, 221, 275. Herzog eb. 1872 S. 435, 1874 S. 28, 1876 S. 321 v. Buri eb. S. 237. Gamp eb. 1875 S. 34. Schütze G. A. 1873 S. 153. Ortmann eb. 1874 S. 385, 1875 S. 268; Gerichtss. 1876 S. 81. v. Buri eb. S. 89. Glaser Studien zum Entw. des öst. Strafg. 1871 S. 121. Otto Aphorismen S. 77. Köhler Bad. Annalen 39 S. 202, 40 S. 61. v. Wächter Sächs. Gerichtsz. 1876 S. 1. Getz Om den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser (Christiania) 1875. Ortloff G. A. 1873 S. 153 u. 1876 S. 417. Herbst Gerichtss. 1877 S. 379, 429. Forsman Granderna för Läran om Delaktighet i Brott (Helsingfors) 1879. Ruhstrat Gerichtss. 1880 S. 172 (vgl. auch Zimmermann eb. S. 130, zunächst zu § 159). Herbst G. A. 1880 S. 112 (zunächst zu den §§ 123, 223 a). Hirsch Mitthäterschaft und Beihülfe 1881. Fuchs G. A. 1881 S. 170. v. Buri Zeitschr. II S. 151. G. Schmidt Die Mitthäterschaft. Eine strafrechtl. Studie (Diss.) 1882. Herzog Gerichtss. 34 (1883) S. 81. Schwarze Comm. S. 112. Betreffs der Litt. über den § 49 a siehe auch noch unten § 43.

1. Begriff und geschichtliche Entwicklung.

I. Wenn es auch richtig ist, daß die Verantwortlichkeit des Menschen für einen Erfolg gegeben ist, sobald er in schuldhafter Weise sich zu einer der Ursachen für denselben gemacht hat und darum auf eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenursache kein Gewicht zu legen ist, wenn auch ebenso wenig Bedingung und Ursache einander entgegengesetzt werden kann, so beruht doch der Begriff der Theilnahme am Verbrechen nicht auf bloßer Willkür, ist nicht bloß Mißverständniß oder Fiction.

Das Zusammenwirken Mehrerer zu einem Verbrechen wird in den allermeisten Fällen eine ungleiche Vertheilung der Strafwürdigkeit (der Schuld) auf die Mitschuldigen begründen. Es ist nur die Frage, ob man über diese individuell zu würdigende Verschiedenheit hinaus auch verschiedene Gattungen der Mitwirkung unterscheiden soll.

Hier bietet sich zuerst der Unterschied von fahrlässiger und absichtlicher Theilnahme dar. Die erstere ist offenbar geringer zu strafen. Das positive Recht wendet überhaupt auf sie nicht die Regeln von der Theilnahme an. Nur dolose Mitwirkung zu einem dolosen Verbrechen erscheint darnach als Theilnahme im technischen Sinne.

Allein auch bei der Theilnahme in diesem engeren Sinne drängen sich Unterscheidungen auf. Wir nehmen unter den Mitschuldigen solche wahr, in deren Handlung allein schon der Thatbestand des Verbrechens sich vollständig darstellt (sie stehlen, morden, brennen u. s. w.), während bei Anderen die Handlungsweise für sich betrachtet, nicht den objectiven Thatbestand des Verbrechens darstellt. Die Handlungen der Letzteren haben, für sich betrachtet, höchstens den Charakter einer sog. Vorbereitungshandlung (von welcher sie dagegen die Willensrichtung unterscheidet), die Handlungen der ersteren erscheinen als Begehungs- oder Ausführungshandlungen (vgl. § 43). Diese nennen wir mit Recht Thäter im eigentlichen Sinne (das Wort Urheber ist zu eng oder zu weit, je nachdem man es im e. oder w. Sinne nimmt), jene Anderen Gehülfen!

Weiterhin ist zu erinnern an das, was oben § 33 V über die Verantwortlichkeit für fremde bewußte Thätigkeit gesagt wurde. Wer solche dolose Thätigkeit absichtlich hervorgerufen hat, muß allerdings im Allgemeinen für sie in gleicher Weise wie der unmittelbar Thätige selbst haften. Seine Handlungsweise hat aber so viel Eigenthümliches, daß es ein methodologisches Bedürfniß wäre, sie besonders darzustellen, auch wenn nicht die Anschauungsweise des gewöhnlichen Lebens dazu den Anstoß gegeben hätte, die Anstiftung als besondere Art der Theilnahme hervorzuheben. Hier gerade hat auch die ethische Werthschätzung der verschiedenen Begehungsweisen eines Verbrechens ihren Einfluß geäußert. (Seelenmord? Verführung?)

II. Die s. g. nothwendige Theilnahme (concursus necessarius ad idem delictum im Gegensatz zum conc. facultativus) ist ein unrichtig gewählter Sammelname für eine Anzahl verschiedenartiger Besonderheiten verschiedener Verbrechensthatbestände, die nur das gemeinsam haben, daß irgend eine (nicht immer dolose) Betheiligung zweier oder mehrerer Personen Begriffsmerkmal der betreffenden Verbrechen ist.

Hierher gehören die §§ 115, 116 Abs. 2, 124, 125 (bei welchen doloses Mitwirken einer größeren Anzahl von Menschen gefordert wird), 122 (doloses Mitwirken von zweien?) 171—173, 175 erster Fall, (nothwendig dolose Einzelthäterschaft, möglich auch dolose Mitthäterschaft), 205 (dolose Begehung seitens zweier Personen). Gemeinschaftliche Begehung ist ferner Strafschärfungsgrund nach den §§ 119, 123, 223a, 293.

Es liegt also hier nicht immer Theilnahme im e. S. vor und es gelten überhaupt auch in diesen Fällen die allgemeinen Bestimmungen über Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihülfe.

III. Geschichtliche Entwicklung.

§ 39. 2. Anstiftung.

1. Anstiftung im e. S. = Anstiftung zur Thäterschaft; im w. S. (s. § 48) auch Anstiftung zur Beihülfe.

2. Fälle der bloß scheinbaren Anstiftung: a) Bestimmung eines Zurechnungsunfähigen zu der That, b) Bestimmung zu einer That, welche dem unmittelbaren Thäter gar nicht oder nicht zur Absicht zurechenbar ist (vgl. § 160), c) Bestimmung durch psychischen Zwang. Falsch die RGE. vom 12. April, 6. Juni u. 20. Sept. 1882 (IV S. 308, 531, 700), welche (im Anschluß an die preußische Praxis) die Handlungen von Kindern, und ebenso die Handlungen von jugendlichen Personen, welche wegen Mangels der Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung freigesprochen werden, gleichwohl für Verbrechen erklären. Derartige „Strafausschließungsgründe" (Schuldausschließungsgründe) heben angeblich „das objective Vorhandensein einer strafbaren Handlung" nicht auf (S. 701). Aber eine strafbare Handlung muß vor Allem subjectiv d. h. als Schuld vorhanden sein. Die „Anstifter" eines Kindes u. s. w. sind also zwar allerdings strafbar, aber nicht als Anstifter, sondern als Thäter.

3. Es gibt keinen strafbaren Versuch der Anstiftung. Die Anstiftung ist nicht selbst ein Verbrechen für sich, sondern nur Begehungsweise eines Verbrechens. — Hierher gehörige Fälle: a) Die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses gelingt nicht (mißlungene Anstiftung im e. S.). b) Die Hervorrufung gelingt, aber der Angestiftete kommt nicht zu einem strafbaren Versuch (erfolglose Anstiftung im e. S.). c) „Anstiftung“ eines bereits Entschlossenen (eines omnimodo facturus, s. l. 1 § 4 D. de servo corr.). In diesem Falle kann (psychische) Beihülfe vorliegen.

4. Ausnahmsweise aber wird nach unserem Recht die versuchte Anstiftung bestraft. S. § 49a (unten § 43), 85, 110, 111 Abs. 2, 112, 159 (vgl. auch Mil. StrGB. §§ 79, 99), 357.

5. Mittel der Anstiftung. Die beispielsweise Aufzählung im § 48 ist überflüssig und leicht irreleitend (vgl. z. B. oben unter 2) litt. b u. c.

6. Mittelbare und unmittelbare Anstiftung.

7. Rücktritt des Thäters. Wie wirkt er auf den Anstifter? — Rücktritt des Anstifters. In welcher Weise ist dieser möglich und wie wirkt er auf die Strafbarkeit des Thäters?

8. Abweichungen des Thäters vom Willen des Anstifters (s. g. excessus mandati).

9. Mitanstiftung. Entweder ist diese eine zufällige (ohne bewußt gemeinsames Zusammenwirken) oder eine gemeinsame Anstiftung im e. S.

§ 40. 3. Beihülfe.

1. Aus § 49 in Verbindung mit § 47 ergibt sich unzweifelhaft, daß das Strafgesetzbuch nicht einen bloßen Unterschied im subjectiven Thatbestand als maßgebend für die Unterscheidung zwischen Thäterschaft und Beihülfe aufstellt, sowie sich aus § 48 ergibt, daß dasselbe gilt von der Unterscheidung zwischen Anstiftung und psychischer Beihülfe. Die verfehlten Ausführungen in den Motiven haben in dem Gesetz selbst keinen Ausdruck gefunden. Sie sind der Anlaß zu einer dem Gesetz widersprechenden Auffassung schon in der früheren Praxis mehrerer oberster Gerichtshöfe und jetzt der des Reichsgerichts geworden. Den Reigen bei diesem „Motivencultus“ hat ein RGE. vom 12. Mai 1880 (I S. 764) eröffnet; der „Präjudiciencultus“ thut nun das Uebrige. Die subjective

Theorie ist aber ebenso gegen die Natur der Sache wie gegen das Gesetz. Der Gegensatz von „eigenem“ und „fremdem Verbrechen“, von „eigenem“ und „fremdem“ Interesse ist etwas ganz heterogenes für die Gegensätze: „Hülfe leisten“ und „ausführen“. Das Verbrechen ist für alle Theilnehmer ihr eigenes, sonst könnte man sie nicht bestrafen. Das Reichsgericht stellt in der oben erwähnten Entscheidung den Begriff der Hülfeleistung auf den Kopf, wenn es (S. 766) sagt, derjenige, welcher den Diebstahl der Verabredung gemäß durch Wegnehmen der Sachen ausführte, habe dem wachestehenden Complottanten „zu dessen eigener That Beistand geleistet“, wenngleich in einer dessen äußerliche Thätigkeit überwiegenden Weise! — Durch Wachestehen wird kein Diebstahl, überhaupt kein Verbrechen ausgeführt! — Das Reichsgericht kommt ferner ganz auf die alte haltlose Eintheilung der Theilnahme in concursus antecedens und concomitans zurück, wenn es in mehreren Entscheidungen (s. III S. 28 und 309 die Entsch. vom 9. Febr. und 17. Mai 1881) eine „materielle (sic!) Mitwirkung zur Ausführung“ für das Kriterium der Mitthäterschaft erklärt. Ein vor der Ausführung geleisteter Beistand kann aber viel wichtiger, in jeder Hinsicht strafwürdiger sein, als eine bei der Ausführung entwickelte ganz untergeordnete Thätigkeit. Höchst merkwürdig ist der Satz (III S. 30): „Es ist möglich, daß die Anwesenheit eines Genossen am Orte der That verabredet wird, damit derselbe, ohne daß er durch äußerliche Handlungen in die Ausführung unmittelbar eingreifen soll, durch die Anwesenheit die Anderen ermuthige, ihnen die Versicherung einer eventuell bereiten Unterstützung, oder eines eventuell bereiten Beistandes gegen Entdeckung oder gegen die Dazwischenkunft Dritter verschaffe, und auf diese Art die Ausführung des Vergehens mittelbar fördere; dann kann angenommen werden, daß er die That gemeinschaftlich mit den Anderen ausführe, weil er in Wirklichkeit durch den psychologischen (psychischen) Einfluß seiner Anwesenheit zur Ausführung mithilft und die Anwesenheit, das Mitgehen an den Ort der That, unter diesen Umständen zugleich einen materiellen Act zum Zweck der Ausführung der That darstellt, also: Wer die That (noch dazu „mittelbar“ [vgl. § 49]!) fördert, wer zur Ausführung mithilft, ist, dem Reichsgericht zufolge, Thäter; Anwesenheit am Ort der That, ja Mitgehen an diesen

Ort ist, ihm zufolge, Thäterschaft! Freilich „Ausführung" konnte das doch nicht genannt werden, sondern nur ein Act „zum Zweck der Ausführung". Aber der § 47 fordert einen Act der Ausführung selber! Gerade so verfehlt RGE. vom 7. Mai 1883 (V S. 335).

2. Eintheilungen der Beihülfe. Physische und psychische (intellectuelle) Beihülfe, (That- und Rathhülfe, s. § 49). Die übrigen Eintheilungen haben keinen Werth.

3. Scheinbare Beihülfe. Echte setzt einen dolosen Thäter voraus. Falsch das RGE. vom 2. Juli 1880 (II S. 151), welches davon ausgeht, daß derjenige, der wegen Zutreffens des § 59 nicht bestraft werden kann, dennoch eine „strafbare Handlung" begeht. Der „Gehülfe" kann in solchem Fall strafbar sein, aber als Thäter, nicht als Gehülfe. Vgl. oben § 39 Z. 2.

4. Versuchte Beihülfe ist straflos (siehe aber § 49a). Das RGE. vom 20. April 1882 (IV S. 363) kommt in Consequenz der subjectiven Auffassung vom Versuch auch zu dem falschen Satz: daß Beihülfe zum Verbrechen strafbar sei, wenn die geleistete Hülfe „für den Erfolg ohne Einfluß geblieben" ist. Mit Recht dagegen erklärt ein RGE. vom 23. Sept. 1880 (II S. 243), es sei für den Begriff der Beihülfe belanglos, ob der Thäter von der Thätigkeit des Gehülfen wisse oder nicht.

5. Auch mittelbar kann dem Thäter Beihülfe geleistet werden.

6. Rücktritt des Thäters und des Gehülfen.

7. Haftung des Gehülfen für den Theil der That, zu dem er nicht wissentlich Hülfe geleistet hat?

8. Bestrafung der Beihülfe. Sie ist wie der Versuch ein allgemeiner Strafmilderungsgrund. S. aber § 120: „Wer einen Gefangenen .... vorsätzlich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behülflich ist". Ferner § 121: „Wer einen Gefangenen .... entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert" (vgl. § 347). § 141: „Wer .... vorsätzlich zum Desertieren verleitet oder die Desertion vorsätzlich befördert". § 143 Abs 2: „Dieselbe Vorschrift findet auf den Theilnehmer Anwendung". Socialistengesetz § 18: „Wer für einen verbotenen Verein oder für eine verbotene Versammlung Räumlichkeiten hergibt, wird mit Gefängniß von einem Monat bis zu einem Jahr bestraft". (Nach § 17 tritt eine so hohe Strafe nur für die Vorsteher, Leiter u. s. w. ein, mildere Strafe für einfache Betheiligung.)

§ 41. 4. Mitthäterschaft. Complott. Bande. Gemeinsame Bestimmungen für alle Arten der Theilnahme.

Insbesondere hieher gehörige Litteratur: Busmann De societate delinquendi sive conjuratione 1824. Schirach N. A. I S. 516. Cucumus eb. XIV S. 1. Jagemann eb. 1851 S. 345. (Goltdammer) G.A. 1863 S. 369. Baur Gerichtsſ. 1867 S. 342. Glaser Sächſ. G.-Zeitung IX S. 321 (kl. Schr. I. S. 135). Hälschner Gerichtsſ. 1873 S. 81. Zachariä eb. 1874 S. 133.

I. 1. Zufällige Mitthäterschaft und Mitthäterschaft im e. S. Ueber die Abgränzung von der Beihülfe; s. den vorigen § unter Ziff. 1.

2. Das Complott. Durch den unglückseligen überflüssigen § 47 und namentlich durch die sich selbst und dem Paragraphen widersprechende Motivierung desselben hat das StrGB. leider Anlaß gegeben zur Neubelebung der alten Fictionen und Präsumtionen in der Beurtheilung der in Folge einer Verabredung begangenen Verbrechen, wofür eine wirkliche Grundlage im Gesetz selbst nicht vorhanden ist. Noch weitere Verwirrung hat der § 49a angerichtet, der auch verbrecherische „Complotte“ im embryonalen Zustand für strafbar erklärt. Abgesehen davon und von dem § 83 ist das Complott als solches nicht strafbar. Als Strafschärfungsgrund erscheint es im Vereinszollgesetz §§ 146, 147 und in der Seemannsordnung §§ 87, 91.

3. Die Bande. Strafschärfungsgrund bei Diebstahl (§ 243, Z. 6), Raub (§ 250 Z. 2) und nach § 146 des Vereinszollgesetzes. Vgl. das RGE. vom 15. Juni 1882 (IV S. 567), welches ausführt, daß § 243 Z. 6 eine Verbindung zu gewerbsmäßigem Stehlen oder Rauben nicht, dagegen allerdings einen in seinen Einzelnheiten unbestimmt gebliebenen Plan fordert, der auf eine „andauernde gesetzverletzende Thätigkeit im Gegensatz zu bestimmtem einmaligen (?) Handeln“ abzielt. Ein RGE. vom 13. Dec. 1883 (V S. 776) nennt dauernd sogar die auf die eintägige Dauer eines Jahrmarkts sich erstreckende Verbindung.

II. Die Worte „Anwendung findet“ in den §§ 48 und 49 sind nicht so zu verstehen, als ob die wirkliche Bestrafung des Thäters Voraussetzung für die Strafbarkeit der Theilnehmer wäre. Darum ist auch die im Inland erfolgte Anstiftung oder Beihülfe

zu Verbrechen, die im Ausland begangen wurden und im Inland nicht bestraft werden können, strafbar. Vgl. RGE. vom 14. Juni 1883 (V S. 434).

III. Einwirkung der persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse eines Mitschuldigen auf die übrigen Mitschuldigen. „Subjectiv" und „objectiv" persönliche Verhältnisse. — Der § 50 ist schlecht redigiert und unvollständig. Richtig entschied das RG. am 22. Juni 1882 (IV S. 599), daß ein Nichtbeamter sich der Anstiftung zu einem Amtsverbrechen schuldig machen kann. Richtig auch die Anwendung des § 50 auf die Gewerbsmäßigkeit in einem RGE. vom 20. Mai 1881 (III S. 312).

Die Ausführung der That mit Ueberlegung ist weder eine persönliche Eigenschaft noch ein persönliches Verhältniß, darum ist der Anstifter als Mörder oder Todtschläger zu bestrafen, je nachdem der Thäter mit oder ohne Ueberlegung getödtet hat! (vgl. H. H. IV S. 162).

Wenn dem Thäter § 157 Z. 1 zu Gute kommt, gilt dies nicht auch für den Theilnehmer (so richtig betreffs des Anstifters RGE. vom 10. Aug. 1881. — E. IV S. 377).

IV. Da nicht die Theilnahme als solche ein Verbrechen, sondern da sie Mitwirkung zum Verbrechen ist, so begeht wer in verschiedener Art (als Anstifter und Gehülfe, als Anstifter und Thäter bez. Mitthäter, als Gehülfe und Mitthäter) an demselben Verbrechen theilnimmt, doch nur ein Verbrechen und bloß bei der Strafzumessung ist seine mehrfache Thätigkeit zu berücksichtigen. Richtig RGE. vom 1. Mai 1880 (I S. 707) und 26. Sept. 1882 (IV S. 715). Ueber Concurrenz von Theilnahme und Begünstigung s. unten § 42 Z. 4.

V. Aus demselben Grund (siehe IV) ist auch die durch eine einzige Handlung erfolgte Anstiftung zu mehreren Verbrechen als ideal oder real concurrierende Anstiftung zu behandeln, je nachdem der Angestiftete die Verbrechen, zu welchen er angestiftet wurde, durch eine Handlung oder „durch mehrere selbstständige Handlungen" (§ 74) ausgeführt hat. Ebenso verhält es sich mit der zu mehreren Verbrechen durch eine Handlung geleisteten Beihülfe. Vgl. die RGE. vom 3. Nov. und 9. Dec. 1881 (III S. 684 u. 782) und vom 30. März 1883 (V S. 202), welche nur das reale Zusammentreffen ins Auge fassen.

VI. Die Strafausschließungsgründe in ihrer Anwendung auf die Theilnahme.

VII. Sind die sog. agents provocateurs (im weiteren, auch die scheinbar zur Beihülfe Bereiten umfassenden, Sinn) strafbar? (Vgl. Glaser Ges. kl. Schr. I S. 93. Geyer Erört. S. 143).

§ 42. Die Begünstigung in ihrem Verhältniß zur Theilnahme.

H. H. II S. 417 und IV S. 170 (Geyer), III S. 735 und IV S. 419 (Merkel). Berner S. 548. Schütze S. 161. Meyer S. 271. v. Liszt S. 429. v. Wächter S. 242, 258. Sander N. A. 1838 S. 431, 1839 S. 248, 396. Platner eb. 1843 S. 170. (Goltdammer) G. A. 1870 S. 394. Schwarze Gerichtss. 1872 S. 368. Meves Strafrechtsz. 1873 S. 479. Villnow Raub u. Erpressung, Begünstigung u. Hehlerei 1875 S. 55. Geyer Gerichtss. 1875 S. 299, Grünhuts Zeitschr. III S. 5. Binding Normen II S. 565. v. Buri Gerichtss. 1877 S. 14. Herzog eb. S. 161. Gretener Begünstigung u. Hehlerei 1879. Rethwisch Begünstigung, Strafrechtl. Studie 1880. Herzog G. A. 1881 S. 112. Waldthausen eb. S. 375. Geyer Zeitschr. II S. 315.

1. Hier ist nur der allgemeine Begriff der Begünstigung und ihr Verhältniß zur Theilnahme darzustellen, was um so mehr erforderlich ist, als in der neuesten Zeit die Tendenz wieder um sich greift, die Begünstigung als eine Art der Theilnahme aufzufassen, was weder an sich richtig noch dem Gesetz entsprechend ist. Die Darstellung des Thatbestands der Begünstigung im Einzelnen gehört in den besonderen Theil.

2. Begriff der Begünstigung als einer Förderung der Fortdauer des durch das Verbrechen verursachten Uebels durch Gegenwirkung gegen den Eintritt der rechtlichen Folgen des Verbrechens.

3. Abgränzung gegen die Theilnahme. Hier wird der Begriff der materiellen Vollendung des Verbrechens (s. oben § 36 I) wichtig.

4. Zusammentreffen von Theilnahme und Begünstigung. Unrichtig die RGE. vom 7. April 1881 (III S. 211). Niemand kann sich selbst in strafbarer Weise begünstigen, also auch nicht zu seiner Begünstigung in strafbarer Weise anstiften oder helfen.

5. Die sog. Connivenz der Beamten § 357 („wissentliches Geschehenlassen" eines Amtsverbrechens von Seiten des Amtsvorgesetzten) ist nicht Begünstigung. Negative Beihülfe?

6. Die Nichtanzeige eines bevorstehenden schweren Verbrechens (§ 139; vgl. Mil. StrGB. §§ 60, 77, 104). S. darüber H. H. II S. 427, IV S. 177 (Geyer), III S. 197 (John). Binding S. 90 (130). Wolff G. A. 1879 S. 299. Merkel Rechtslex. I S. 128.

§ 43. Der § 49a des Strafgesetzbuchs.

H. H. IV S. 143 (Geyer). Meves Die Strafgesetznovelle vom 26. Nov. 1876 S. 327. v. Stemann Gerichtss. 1876 S. 267. Schwarze Sächs. Gerichtsz. XXI S. 18. Vgl. auch Carrara Progr. P. spec. II § 1590 und Giornale dei Tribun. 1876 No. 91.

1. Entstehungsgeschichte des „Paragraphen Duchêsne".

2. Der Inhalt des Paragraphen.

3. RGE. vom 31. März 1880 (I S. 515): Das sich Erbieten zu einem Verbrechen sowohl als die Annahme eines solchen Erbietens ist straflos, wenn das Erbieten nicht ernstlich gemeint war. — RGE. vom 16. April 1883 (V S. 246): Die Aufforderung zur Theilnahme an einem Verbrechen setzt nicht voraus, daß der Aufgeforderte auch nur geneigt sei, sich auf die Aufforderung einzulassen (es handelte sich um die Aufforderung zur Theilnahme an einem nach der irrigen Meinung des Auffordernden beabsichtigten Verbrechen eines Dritten, welcher das Verbrechen gar nicht begehen wollte).

Das Reichsgericht interpretiert so, als ob im Gesetz stünde: Das „nicht schriftlich" ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, während es heißt: das „lediglich mündlich" u. s. w. S. RGE. vom 12. Nov. 1880 (II S. 499), 23. Febr. 1882 (IV S. 191).

Ueber die „Gewährung von Vortheilen" s. RGE. vom 2. Juli und 25. Nov. 1880 (II S. 153 u. 564): es genüge ein ernstliches Versprechen und es sei nicht erforderlich, daß der Auffordernde den Vortheil selbst zu gewähren oder dafür einzustehen erklärt. Das Erk. vom 2. Juli scheint die „Möglichkeit einer Einwirkung auf den Willen des Aufgeforderten" zu betonen. Diese dem § 49a, der keinen Erfolg voraussetzt, wenig gemäße Anschauung corrigiert das RGE. vom 2. Jan. 1882 (E. VI S. 2): Tauglichkeit zur Beeinflussung des Willens des Aufgeforderten habe das Gesetz nicht hervorgehoben.

Ueber das Versprechen der Ehe als Gewährung eines Vortheils s. RGE. vom 25. Nov. 1880 (II S. 564); über die Hingabe eines Darangeldes RGE. vom 23. Febr. 1882 (IV S. 191); über ideales Zusammentreffen von § 49a mit § 333 RGE. vom 3. Dec. 1883 (V S. 749).

Zweites Buch. Die Strafe.

Erster Abschnitt. Die Strafmittel.

H. H. II S. 424 (Wahlberg). Berner § 116. Schütze S. 60. Meyer S. 315. v. Liszt S. 177. v. Wächter S. 91. Hälschner S. 574. S. in der Strafrechtsz. 1869 Sp. 650. v. Buri Gerichtss. 1876 S. 93. Wahlberg Criminalist. u. nationalökonomische Gesichtspunkte 1872. Binding Grünhuts Zeitschr. II S. 689. Geyer eb. S. 327. Ueber die geschichtl. Entwicklung des Strafensystems in der neueren Zeit: Howard The state of prisons in England and Wales 1777. Malblank Gesch. der PGO. S. 224. Wächter Die Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Württemberg 1832. Ekert Verh. d. d. Juristentags VI 1 S. 177.

§ 44. Allgemeines.

Die Beantwortung der Frage: welche Eigenschaften ein Strafmittel haben solle? ergibt sich aus der Anschauung über Wesen, Grund und Zweck der Strafe. Wir müssen also sagen:

I. Vor Allem muß das Strafmittel eine gerechte Anwendung ermöglichen. Daraus folgt:

1. Das Strafmittel muß so beschaffen sein, daß seine Anwendung, nach den allgemeinen Erfahrungen über die Empfänglichkeit der Menschen für Unlust und Schmerz, durchaus in der Regel als Uebel wirkt. In Folge von besonderen Umständen, Idiosynkrasien u. s. w. kann es immer kommen, daß eine in der Regel als Uebel gefühlte Strafe von einem Verbrecher nicht als Uebel, ja sogar als Wohlthat gefühlt wird. Der Satz nulla poena sine lege verbietet aber auch in solchem Fall das Verhängen einer nicht gesetzlich angedrohten Strafe. Daher muß vor Allem in den Gesetzen selber das richterliche Ermessen nicht zu sehr eingeschränkt werden. Das Eintreten jener unerwünschten

Verkehrung der Strafe in ihr Gegentheil fordert ferner auf zur Umschau nach möglichst dehnbaren Strafmitteln, d. h. solchen Strafmitteln, deren Anwendung ein Anschmiegen an die individuellen Verhältnisse in ausgedehntester Weise gestattet. Ueberhaupt fordert die Gerechtigkeit

2. Theilbarkeit und Dehnbarkeit des Strafmittels. Starre, unbiegsame Strafmittel (bezw. „absolute" Strafdrohungen) sind verwerflich.

3. Auch solche Strafmittel widersprechen der Gerechtigkeit, welche von vornherein die Möglichkeit ausschließen, die Folgen einer irrigen Verurtheilung wieder gut zu machen. Thunlichste volle Wiedergutmachung ist eine Forderung der Gerechtigkeit in solchem Fall. Man erinnere sich an die neueste Bewegung zu Gunsten der Entschädigung unschuldig (Angeklagter und) Verurtheilter.

II. Bei der Wahl, die sich etwa darbietet unter verschiedenen den angegebenen Forderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Strafmitteln wird die Zweckmäßigkeit insofern zu berücksichtigen sein, als je nach Umständen der Sicherungs- oder der Besserungszweck mit zu verfolgen ist. Sehr oft ist aber Sicherung wie Besserung überflüssig, ein Besserungsexperiment insbesondere gar nicht dem Charakter des betreffenden Verbrechens und Verbrechers entsprechend, sei es, weil dieser nicht besserungsbedürftig, sei es, weil er unverbesserlich ist.

III. Die heutzutage bei uns angewendeten Strafmittel sind Strafen an Leben, Freiheit, Vermögen und Ehre. Von den Leibesstrafen wird aber schon deßhalb ebenfalls zu handeln sein, weil ihre Wiedereinführung von einflußreichen Männern lebhaft befürwortet wird.

IV. Eintheilungen. Allgemeine und besondere Strafen (im Allgemeinen analog der Eintheilung in delicta communia und propria). Haupt- und Nebenstrafen. Wir stellen die ersteren voran.

§ 45. A. Hauptstrafen. 1. Die Todesstrafe.

Seit Beccaria umfangreiche Litteratur. S. einen Ueberblick derselben bis 1869 bei Hetzel Die Todesstrafe in ihrer culturgeschichtlichen Entwicklung 1870 S. 485. Hervorzuheben sind etwa: Schlatter Das Unrecht der Todesstrafe 1857. Seeger Ab-

handlungen I 1858 S. 1. Berner Abschaffung der Todesstrafe 1861. Mittermaier Die Todesstrafe u. s. w. 1862. Thonissen De la prétendue nécessité de la peine de mort. 4e éd. 1865. v. Arnold Strafrechtsz. 1865 Sp. 497. Christiansen Ueber Quantität u. Qual. der Strafe mit besonderer Beziehung auf die Todesstrafe 1865; Ders. Die rechtliche Unmöglichkeit der Todesstrafe 1868. Beyerle Ueber die Todesstrafe 1867. Schwarze Aphorismen über die Todesstrafe 1868. Anlage II zu den Mot. des Entw. eines StrGB. f. d. nordd. Bd. Heinze Strafrechtsz. 1868 Sp. 525. Geyer Ueber die Todesstrafe 1869 (ins Italienische übersetzt als 2. Heft der von Carrara herausgegebenen Biblioteca Abolizionista). Loos Die Unmöglichkeit einer Begründung der Todesstrafe 1870. v. Holtzendorff Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe 1875. v. Rothmund Gerichtss. 1877 S. 583. Modderman Krit. VJSchr. N. F. IV S. 96. Wahlberg Ges. kl. Schriften II S. 138. d'Olivecrona Sur l'expérience obtenue pas suppression de la p. de mort dans le Grand-Duché de Finlande 1882 (s. Kr. VJSchr. N. F. VI S. 442). Unter den Lebenden ist noch Lucas besonders zu nennen, der seit 1827 unablässig gegen die Todesstrafe kämpft, dann Ellero, der 1861—1864 ein Giornale per abolizione della pena di morte herausgab. In Italien zählt die Todesstrafe fast nur unter den „Criminal-Anthropologen" Anhänger.

I. Die Todesstrafe steht im Widerspruch mit den Forderungen der Gerechtigkeit. Sie läßt keine Individualisierung zu; ist weder dehnbar noch theilbar und schließt die Wiedergutmachung aus. Wie wenig sie dem Abschreckungszweck dient, hat namentlich v. Holtzendorff eingehend gezeigt. Ihre „bessernde" Kraft kann man fast nur ironisch nehmen.

II. Bestrebungen zur Abschaffung der Todesstrafe seit Beccaria u. Voltaire. Das Gesetzbuch Leopold des Weisen für Toscana und das Josephs II. für Oesterreich. Die Niederlande, nordamerikanische Staaten. Die deutschen Grundrechte von 1848. Die Todesstrafe blieb bis zur Einführung des norddeutschen StrGB. beseitigt in Oldenburg, Anhalt und Bremen und (erst seit 1868) in Sachsen. — Die Todesstrafe ist gegenwärtig beseitigt in Toscana (sowie in den ital. Entwürfen), in San Marino, in Portugal (seit 1867), den Niederlanden (seit

1870), in dem größten Theil der Schweiz (durch die Bundesverfassung 1874 verboten, 1879 bundesrechtlich wieder zugelassen, ist sie in Uri, Obwalden, Appenzell-Innerrhoden, Zug, Schwyz, St. Gallen, Luzern, Zürich, Glarus wieder eingeführt); factisch in Finnland seit 1826 (in Rußland ist sie nicht auf Mord, sondern auf die schwereren Fälle des Hochverraths gesetzt, s. Art. 249 des russ. StrGB.).

III. Nach unserem StrGB. ist Todesstrafe nur in den §§ 80 und 211 angedroht. Das Mil. StrGB. droht achtzehnmal Todesstrafe an (zehnmal absolut: §§ 63 Z. 1, 71—73, 84, 107, 108, 159, achtmal relativ: §§ 58, 60, 63 Z. 2 und 3, 95, 97, 133, 141).

IV. Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken (§ 13). Die Vollstreckung erfolgt nach § 486 StrPrO. in einem umschlossenen Raum vor Solennitätszeugen. (Nach dem Mil. StrGB. § 14 ist die Todesstrafe durch Erschießen zu vollstrecken, wenn sie wegen eines militärischen Verbrechens, im Felde auch dann, wenn sie wegen eines nicht militärischen Verbrechens erkannt ist, was nach § 45 auch für Hinrichtung von Militärbeamten gilt).

§ 46. 2. Freiheitsstrafen.

(Gefängnißkunde, Gefängnißwissenschaft.) Julius, Varrentrapp u. Nöllner Jahrbücher f. Gefängnißkunde 1842—47. Ekert Blätter f. Gefängnißkunde seit 1865. Vgl. Krohne Ueber den gegenw. Stand der Gefängnißwissenschaft, Zeitschr. I S. 53. — S. ferner Wagnitz Ideen u. Plane zur Verbesserung der Criminal- u. Polizeianstalten 1801. Julius Vorlesungen über die Gefängnißkunde 1828. De Beaumont et de Tocqueville Système pénitentiaire aux états unis 3. éd. 1845. v. Holtzendorff Die Deportation als Strafmittel 1859. Ders. Das irische Gefängnißsystem 1859. Ders. Die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen u. s. w. 1861. Hägele Erfahrungen in einsamer u. gemeins. Haft 2. Aufl. 1862. Röder Der Strafvollzug im Geiste des Rechts 1863. Ders. Besserungsstrafe und Besserungsanstalten 1864. Schwarze Gerichtss. 1863 S. 371, 1864 S. 313, 1867 S. 392. Fueßlin Die Grundbedingungen jeder Gefängnißreform u. s. w. 1865. Haenell System der Gefängnißkunde 1866. Zugschwerdt Der Vollzug der Freiheitsstrafe 1867. Spranger Strafrechtsz. 1868 Sp. 393. Wahlberg Das Princip der Individualisierung

S. 144, 199. v. Valentini Das Verbrecherthum im preuß. Staate u. s. w. 1869. Bär Die Gefängnisse, Strafanstalten u. s. w. in hygienischer Beziehung 1871. v. Lichtenberg Die Zuchthausstrafe in ihrem progressiven Vollzug 1873. Sichart Die Einzelhaft in Bayern 1870. v. Buri Gerichtsſ. 1871 S. 99. J. Hagströmer Om Frihetsstraffen 1875. Löser Gerichtsſ. 1875 S. 256, 426, Götting Strafrechtspflege u. Gefängnißwesen in England u. Irland 1876. Geyer Riv. penale V p. 113. D'Elvers Gerichtsſ. 1876 S. 50, 115. Tauffer eb. 339. D'Alinge eb. S. 624. Streng eb. 1877 S. 64, 81. Stemann eb. S. 619. Streng eb. S. 1878 S. 14. Mittelstädt Preuß. Jahrb. 1877 S. 425, 487. Starke Das belg. Gefängnißwesen u. s. w. 1877. Stursberg Die Zunahme der Vergehen u. Verbr. u. ihre Ursachen 1878. Geyer Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. I S. 384. Katz Gerichtsſ. 1879 S. 133. Tauffer eb. S. 161. Mittelstädt Gegen die Freiheitsstrafen 1879 (2. A. 1880). v. Schwarze Die Freiheitsstrafe 1880. Rittner Randbemerkungen zu Mittelstädts u. s. w. 1880. Hellwig Gerichtsſ. 1880 S. 274. Tauffer eb. S. 507. Beltrani-Scalia Die belgische Zellenhaft u. s. w. übersetzt von Prof. J. S. 1880. (S. über frühere Werke Beltrani-Scalias Kr. VJSchr. XVIII S. 126). Lange Das deutsche Strafrecht u. die Pädagogik 1880. Bartz Preuß. Jahrb. 1881 S. 25. Sichart Ueber Rückfälligkeit der Verbrecher 1881. Sontag Zeitschr. I S. 480. Ullmann Gerichtsſ. 34 S. 29. Mittelstädt Zeitschr. II S. 419. Wahlberg Ges. kl. Schr. I S. 197; III S. 115, 213 und Grünhuts Zeitschr. XI S. 349. v. Holtzendorff im Rechtslex. I S. 657. Fulda Das Verbrecherthum 1883. Rittner Zur Pathologie d. modern. Strafvollzugs 1883. Starke Verbrechen und Verbrecher in Preußen 1854—1878, 1884. Vgl. noch Anlage IV zu den Motiven (Ueber die höchste Dauer zeitiger Zuchthausstrafe) und viele Aufsätze in der Strafrechtszeitung.

I. Begriff der Freiheitsstrafen. Freiheitsstrafe im e. S. = Einsperrungsstrafen. Deportation (Verbringung). Verweisung (Verbannung) (s. unten § 51 II). Verstrickung (Internierung).

II. Die Freiheitsstrafen im e. S., von denen zunächst allein zu handeln ist, bilden mit Recht den Kern unseres Strafensystems. Vorzüge derselben. Namentlich die Dehnbarkeit. Freiheitsstrafe läßt sich (wie das Verbrechen der Freiheitsberaubung)

denkbarerweise ausführen als ein kaum fühlbares Minimum und als eine lebenslängliche Marter der entsetzlichsten Art.

III. Späte Entwicklung eines Systems der Freiheitsstrafen. Zuchthäuser (hauptsächlich Zwangsarbeitsanstalten), Spinnhäuser im 17. Jahrhundert in Lübeck (1613), in Hamburg (1618), nachdem Amsterdam 1595 vorangegangen war. Das Rasphaus in Gent. Dort um 1770 zuerst Absonderung der Sträflinge zur Nachtzeit. Auf Howard's Anregung 1776 in Milbank einsame Absperrung bei Tag und Nacht. Pennsylvanisches System. Unterschied vom modernen Zellenhaftsystem. Bentham als Erfinder des Panoptikums. — Das New-Yorker, Auburnsche oder Schweigsystem. — Das Genfer Classificationssystem. — 1842 Zellengefängniß Pentonville, nach dessen Muster Bruchsal 1848, weiterhin Moabit, Ratibor u. s. w.; eines der besten Nürnberg. — Gemischte Systeme, insbesondere das irische oder Progressiv-System (durch Crofton 1856 zuerst eingeführt): Auf 8—9 Monate Einzelhaft folgt gemeinsame Arbeit in fünf Klassen. Gutes Verhalten bewirkt Kürzung der Strafzeit. Die Sträflinge kommen weiterhin in ein intermediary prison (eine Zwischenanstalt, zur Vermittlung des Uebergangs in die Freiheit, in welcher keine Disciplinarstrafen mehr verhängt werden, aber Zurückversetzung ins Gefängniß erfolgen kann). Den Schluß bildet die Beurlaubung (bedingte Freilassung) mit ticket of leave.

§ 47. Die Freiheitsstrafen im deutschen Strafgesetzbuch.

Schwarze G. A. 1871 S. 145. Ortloff in Stengleins Zeitschr. I (1872) S. 225, 241 u. im Gerichtss. 1874 S. 58. Mager G. A. 1872 S. 5. Keyßner Gerichtss. 1875 S. 558. Binding S. 117 (144). Streng Zeitschr. III S. 441. v. Schwarze Comm. S. 60. Sontag im Rechtslex. I S. 817 (Festungshaft). Ekert eb. II S. 22 u. 27. Dochow eb. S. 26 u. S. 222. v. Holtzendorff eb. III S. 1446.

Unser Strafgesetzbuch kennt vier verschiedene Freiheitsstrafen: Zuchthaus, Gefängniß, Festungshaft und Haft. In den meisten früheren deutschen Strafgesetzbüchern kam eine zwischen Zuchthaus und Gefängniß stehende Arbeitshausstrafe vor; jetzt tritt Unterbringung in ein Arbeitshaus nur als „bessernde Nachhaft" bei Uebertretungen ein (vgl. § 362 und unten unseren § 51 III).

I. Das Zuchthaus charakterisiert sich 1) durch die Dauer — höheres Minimum als bei der Festungshaft, höheres Minimum und Maximum gegenüber den anderen Freiheitsstrafen; 2) durch den entehrenden Charakter — §§ 20, 31 (vgl. auch § 32); 3) durch den unbedingten Arbeitszwang ohne daß Rücksicht auf Angemessenheit der Beschäftigung auf Fähigkeiten und Verhältnisse geboten ist (§ 15 Abs. 1; vgl. dagegen § 16 Abs. 2 betreffs der Gefängnißstrafe). Auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt können die Zuchthaussträflinge verwendet werden (§ 15 Abs. 2).

Ueber die Dauer der Zuchthausstrafe s. § 14 Abs. 2 u. 3, über die Bemessung § 19*) (vgl. unten § 58 V).

Ein RGE. vom 5. April 1881 (III S. 196) hat ausgesprochen, daß die zeitliche Zuchthausstrafe trotz des § 14 Abs. 2 bezw. 74 Abs. 3 fünfzehn Jahre übersteigen könne, wenn es sich um die Bestrafung mehrerer Verbrechen handelt, für welche die Erfordernisse der Gesammtstrafe nach § 79 nicht vorliegen, weil entweder ein Verbrechen nach der früheren Verurtheilung begangen wurde oder die letztere bereits durch Erlaß, Verbüßung oder Verjährung ihre Erledigung gefunden hatte. Allein der zweite Absatz des § 14 spricht so kategorisch, daß er keine Ausnahme zuläßt. Wäre die Ansicht des Reichsgerichts richtig, so könnte auf diesem Wege die zeitliche Strafe thatsächlich in eine lebenslängliche verwandelt werden.

II. Gefängniß ist charakterisiert 1. durch die Dauer von einem Tag bis zu fünf Jahren; 2. durch das unter den Voraussetzungen des § 32 gestattete Hinzutreten des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte; 3. durch bedingten Arbeitszwang. In letzterer Hinsicht scheint § 16 Abs. 2 zunächst nur Beschäftigung der Gefangenen auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise zu gestatten, den Gefangenen selber dagegen das Recht zu geben, solche Beschäftigung zu verlangen. Allein Landesgesetze ebensowohl wie Gefängnißverwaltungen sind durch das „können" des § 16 nicht gehindert, Arbeitszwang zu verfügen.

---

*) Der § 19 bestimmt, daß bei Freiheitsstrafen der Tag zu 24 Stunden, die Woche zu sieben Tagen, die Monate und das Jahr nach der Kalenderzeit gerechnet werde. Richtiger, weil gerechter, wäre es den Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen zu rechnen.

Die facultative Fassung ist gewählt im Hinblick auf die nur ganz kurze Zeit dauernden Gefängnißstrafen, bei welchen Arbeitszwang zwecklos, ja vom wirthschaftlichen Standpunkt nicht selten ganz verkehrt wäre.

III. Für Zuchthaus- und Gefängnißsträflinge gemeinsam gelten die Bestimmungen über den Vollzug der Strafe in Einzelhaft und über die vorläufige Entlassung.

1. Vollzug der Strafe in Einzelhaft § 22. Durch Landesrecht kann auch der Vollzug der Festungs- und der Haftstrafe in Einzelhaft vorgeschrieben werden, weil der § 22 die Einzelhaft nicht als eine Verschärfung der Strafe auffaßt. Selbst bei der Festungshaft ist solches nicht ausgeschlossen. Die Einzelhaft verbietet sich da keineswegs „im Principe" (Binding), weil gerade dem in der custodia honesta Befindlichen es im Allgemeinen nicht unwillkommen sein muß, unausgesetzt von anderen Gefangenen gesondert gehalten zu werden.

2. Vorläufige Entlassung § 23—26. Voraussetzung ist Verbüßung von (mindestens) drei Viertheilen, mindestens aber einem Jahr der Strafe. Die vorläufige Entlassung kann also eintreten bei allen Zuchthaus- und Gefängnißstrafen, deren Dauer ein Jahr übersteigt (nicht blos bei mindestens 16 monatlichen Strafen).

Dabei ist auf die „Verbüßung" der auferlegten Strafe sowohl die nach § 7 abzurechnende, im Ausland vollzogene Strafe, als die nach § 60 angerechnete Untersuchungshaft mit in Anschlag zu bringen. Ist auf acht Jahre Zuchthaus erkannt und sind davon nach § 7 1½ Jahre, nach § 60 sechs Monate als verbüßt erklärt, so daß der Verurtheilte noch sechs Jahre Zuchthaus zu verbüßen hat, so kann die vorläufige Entlassung bereits nach vier Jahren, nicht erst nach 4½ Jahren eintreten. (Vgl. Sch. in Stenglein's Zeitschr. III S. 97. Rubo Comm. S. 327. Binding S. 120 (148). Olshausen Comm. S. 98. A. M. Ortloff, Schwarze.)

Zu streng ist die Bestimmung des § 24 Abs. 2, besonders wenn man die unbestimmte Fassung des Abs. 1 erwägt.

Die oberste Justizaufsichtsbehörde (§ 25) ist diejenige des Bundesstaats, in welchem die Verurtheilung stattgefunden hat, sollte auch die Strafvollstreckung in einem anderen Bundesstaate erfolgen.

IV. Festungshaft (custodia honesta) § 17. Sie wäre rücksichtlich der Dauer (von einem Tag bis zur Lebenszeit) wohl

befähigt, die „Surrogatstrafe" für Gefängniß und Zuchthaus zu bilden, allein in Wirklichkeit ist sie nicht durch eine allgemeine Vorschrift zu einer solchen Surrogatstrafe bestimmt worden. Dazu kommt die verfehlte Bestimmung des § 20, welcher zufolge der Richter auch bei festgestellter ehrloser Gesinnung auf Festungshaft erkennen darf, so daß dieser der Charakter einer cust. honesta nicht rein gewahrt ist. Weniger bedenklich ist es, daß nach § 81 Abs. 3, 83 Abs. 3, 87 Abs. 3, 88 Abs. 4, 89 Abs. 2, 90 Abs. 3 neben der Festungshaft Verlust der öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte eintreten kann. Ueber die Behandlung der Festungshaft bei dem Zusammentreffen von Verbrechen s. § 75.

Neben Gefängniß ist die Festungshaft nur in den §§ 95, 97, 99, 101, 103, 104, 107, 130a angedroht.

Als ausschließlich angedrohte Strafe erscheint Festungshaft bei den im § 102 bezeichneten „feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten" und beim Zweikampf (§§ 201—3, 205, 206).

Vgl. im Allg. Sontag die Festungshaft 1872.

V. Die Haft § 18. Einfache Freiheitsentziehung, nie verbunden mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, im allgemeinen auch nicht mit Arbeitszwang; s. aber § 362 Abs. 1.

Bei dem Zusammentreffen von Uebertretungen kann die Haft bis auf drei Monate ausgedehnt werden (§ 77 Abs. 2). — In der Regel Uebertretungsstrafe (vgl. § 1 Abs. 3), ist die Haft doch auch im § 185 angedroht.

§ 48. 3. Vermögensstrafen. Insbesondere die Geldstrafe.

Stooss Zur Natur der Vermögensstrafen 1878. v. Buri Gerichtss. 1878 S. 142. Binding S. 129 (156). Kronecker G. A. 1879 S. 81, 1880 S. 9. Wahlberg Ges. kl. Schr. II S. 231. Dochow Rechtslex. II S. 38.

1. Die Vermögensconfiscation ist verwerflich.

2. Die Geldstrafen sind in einem gewissen beschränkten Umfang als Strafmittel allerdings verwendbar. Sie besitzen eine (beschränkte) Theilbarkeit, freilich keine bedeutende Dehnbarkeit gegenüber den außerordentlich verschiedenen Vermögensverhältnissen. (Vorschlag der Ausmessung nach Vermögensquoten. S. darüber Geib Die Reform des d. Rechtslebens S. 162 u. dessen Lehrb.

II S. 423.) Die Geldstrafe ist als ausschließliche Strafe am Platz bei geringfügigen nicht auf entehrender Gesinnung beruhenden Verbrechen (namentlich „Uebertretungen"), ist alternativ sehr wohl auch bei bedeutenderen Verbrechen (für die milderen Fälle), endlich cumulativ anzudrohen bei „Bereicherungsverbrechen", welche häufig von Leuten, die im Besitz von Vermögen sind, begangen werden (vgl. die §§ 263, 264, 265, 266 Abs. 2, 268 Abs. 2, 272, 273, 274, 284, 290, 302a—d). Geldstrafe allein ist angedroht blos in den §§ 145, 285 (bis zu 1500 *M.*), 276 (bis zu 600 *M.*), 364 (bis zu 150 *M.*), 365 Z. 1 (bis zu 15 *M.*).

3. Die höchste Geldstrafe, die das StrGB. androht, findet sich im § 302d (150—15,000 *M.*), die nächsthohe im § 284 (300 bis 6000 *M.*); darauf folgt die im § 302b (bez. 302c) angedrohte Strafe (von 3—6000 *M.*).

In anderen Reichsgesetzen finden sich bedeutend höhere Geldstrafen. Zu einer unbestimmten Höhe wachsen sie nach den Zoll- und Steuerstrafgesetzen an, welche sie als ein Vielfaches oder einen aliquoten Theil der hinterzogenen Abgaben androhen. Besonders streng das Bankgesetz vom 14. März 1875 § 55. („Wer unbefugt Banknoten oder sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen ausgibt, wird mit einer Geldstrafe bestraft, welche dem Zehnfachen des Betrages der von ihm ausgegebenen Werthzeichen gleichkommt, mindestens aber fünftausend Mark beträgt".)

Mindestbetrag der Geldstrafe: § 27.

4. In verschiedenen, namentlich älteren Reichsgesetzen wird die Geldstrafe Geldbuße genannt; im Strafgesetzbuch dagegen tritt die Buße als etwas von der Geldstrafe Verschiedenes auf, s. die §§ 188, 231 StrGB. Den gleichen Charakter hat die Buße in den §§ 18, 43, 45 des Nachdrucksgesetzes (vgl. § 16 bez. 9 und 14 der drei Schutzges. vom 9., 10. u. 11. Jan. 1876); in § 15 des Markenschutzgesetzes, § 36 des Patentgesetzes. In den letzten beiden Fällen beträgt das Maximum 5000 bez. 10,000 *M.*, sonst 6000 *M.*

Diese „Buße" ist keine Geldstrafe, überhaupt keine Strafe. S. § 188 Abs. 2 und 231 Abs. 2: „Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus". In den Nebengesetzen heißt es: „statt der Entschädigung kann auf Buße erkannt werden". Der § 188 läßt neben der Strafe eine

an den Beleidigten zu erlegende Buße zu, wenn die Beleidigung nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen desselben mit sich bringt. S. ferner StrPrO. § 445 Abs. 2: „Auf einen höheren Betrag der Buße als den beantragten darf nicht erkannt werden."

Aus der privatrechtlichen Natur der Buße folgt, daß durch sie Schmerzengeld (Sachsenbuße) und Privatstrafe ausgeschlossen sind.

Buße kann nur neben der Strafe eintreten. Also kann der für schuldig aber straffrei erklärte Beleidiger oder Körperverletzer (§§ 199, 233) nicht zu einer Buße verurtheilt werden. Ebenso darf keine Buße zugesprochen werden, wenn bei idealem Zusammentreffen (§ 73) dasjenige Gesetz allein anzuwenden ist, welches die schwerere Strafe droht und dieses Gesetz nicht, wohl aber das mildere (nicht anzuwendende), Buße für zulässig erklärt. — Nicht ist die Buße zulässig, „wo ein zur Buße berechtigendes Delict mit einem andern .... concurriert und das Gesetz diesen Concurrenzfall unter qualificierte (?) Strafe gestellt hat, insbesondere in den zahlreichen Fällen, wo die concurrierende Körperverletzung einen Qualificationsgrund bildet" (a. M. Binding S. 132 (160) im Anschluß an v. Wächter Die Buße u. s. w. S. 50). Die Worte im § 231 „bei allen Körperverletzungen" sind im Gegensatz zu den „vorsätzlichen" Körperverletzungen der Entwürfe gewählt, um auch die fahrlässigen, im siebzehnten Abschnitt des zweiten Theils vorkommenden Körperverletzungen mit zu treffen. In den Fällen, wo das Hinzutreten einer Körperverletzung andere Verbrechen qualificiert, genügt aber bekanntlich das casuelle Hinzutreten einer solchen. Im Fall des § 207 ist allerdings Zuerkennung einer Buße zulässig, denn dieser verweist geradezu auf die Bestimmungen über das Verbrechen der (Tödtung oder der) Körperverletzung. (Nebenbei bemerkt ist da dem Gesetzgeber trotz der von ihm beliebten Dreitheilung einmal das alte gute Wort Verbrechen als gemeinsame Bezeichnung für Verbrechen und Vergehen entschlüpft!) Dagegen erhellt es aus der Stellung und dem Wortlaut, die das Strafgesetzbuch den beiden Paragraphen 188 (welcher nur die §§ 186 und 187 citiert) und 231 gegeben hat, daß, so wenig logisch dieß auch sein mag, auf Buße nicht erkannt werden darf in den Fällen der §§ 94, 104, 164, 340.*) Dieß führt unter Anderem zu dem

*) Vgl. betreffs des § 340 RGE. vom 17. Nov. 1883 (V S. 716)

bedauernswerthen Ergebniß, daß ein Beamter zur Buße verurtheilt werden kann, wenn er in Ausübung u. s. w. seines Amtes eine fahrlässige, nicht aber wenn er in Ausübung u. s. w. eine vorsätzliche Körperverletzung begangen hat!

Betreffs der Gesammthaftung der „Verurtheilten“ für die Buße (§ 231 Abs. 3, Nachdrucksgesetz § 18 Abs. 4 u. s. w.) sagt ein RGE. vom 1. Juli 1882 (IV S. 667): „Die Buße ist im Interesse des Verletzten eingeführt, in dem Sinne, daß bezüglich des Nachweises des Caussalzusammenhangs wie der Höhe des Schadens die freie Würdigung des Strafrichters maßgebend sein solle. Es haften aber auch schon nach Civilrecht mehrere Theilnehmer an einem Delict, insbesondere auch Anstifter und Gehülfen, solidarisch für den durch dasselbe verursachten Schaden.“ Ganz richtig ist hier auf die Gehülfen hingewiesen, während Binding durch die unhaltbare Unterscheidung zwischen „Urhebern“ und Gehülfen zu der Annahme verleitet wird, daß die letzteren nicht zur Buße verurtheilt werden können. Unhaltbar ist auch, was v. Wächter Die Buße S. 48 dagegen vorbringt.*)

Ueber die Entschädigung gibt das Nachdrucksgesetz § 55 Bestimmungen, welche das Reichsgericht (Erk. vom 20. Juni 1882 — IV S. 590) veranlaßt haben, auszusprechen: daß dadurch die Entschädigung und folgeweise auch die an ihre Stelle tretende Buße virtuell in gewissem Umfange dem Charakter einer Privatstrafe nahe kommt, was auch bei den Berathungen jenes Gesetzes sehr wohl erwogen worden sei.

Das Recht auf Buße ist ein höchst persönliches Recht. Der Anspruch auf dieselbe kann von den Erben des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden (StrPrO. § 444 Abs. 4). Der Verletzte kann den Anspruch mit der Privatklage verbunden (§ 446 eb.) oder, wenn öffentliche Klage erhoben, in der Form des Anschlusses als Nebenkläger erheben (§ 443 Abs. 2 eb.; vgl. Geyer Lehrb. S. 870).

Ueber die Buße s. H. H. III S. 372 (Dochow), 550 (Geyer), IV S. 378 (Geyer). Klebs G.A. 1871 S. 25. Schwarze Ge-

*) Das Reichsgericht erklärt in einer E. vom 29. Nov. 1883 (E. IX S. 223) den 3. Abs. des § 231 auch für fahrlässige Körperverletzung anwendbar. Dasselbe Erkenntniß spricht aus, daß eine bereits im Civilrechtsweg erstrittene oder thatsächlich geleistete Entschädigung bei der Bemessung der Buße in Betracht gezogen werden dürfe (richtiger stünde hier ein Müssen statt des Dürfen).

richtsſ. 1872 S. 283. Stenglein eb. S. 325. Schwarze eb. 1874 S. 477. v. Wächter Die Buße bei Beleidigungen und Körperverl. nach dem heut. gem. R. 1875. Meves Comm. zum Markenschutzgesetz S. 61. Dochow Die Buße im Strafr. und Strafproceß 1875. Sontag Krit. VJSchr. XVII S. 203, XVIII S. 11. Bruck Die präjudic. Wirkung u. ſ. w. 1875 S. 105. Herzog Gerichtsſ. 1875 S. 191. Flesch eb. 1876 S. 278. Schlayer G.A. 1876 S. 420. Binding Grünhut's Zeitschr. II S. 674 und Grundr. S. 131(159). Kohler Deutsches Patentrecht S. 639. Kronecker G.A. 1879 S. 97. Dochow im Rechtslex. I S. 444. Weinrich Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung u. ſ. w. 1883 S. 123.

§ 49. 4. Ehrenstrafen. Insbesondere der Verweis.

Kayser Strafrechtsz. 1871 S. 177. Dochow Gerichtsſ. 1871 S. 462. Hartmann Sächſ. Gerichtsz. XVI S. 159. Meves in v. Holtz. Handb. des d. Strafproc. II S. 490.

I. Wir kennen heuzutage im Allgemeinen nicht mehr „beschämende“ oder beschimpfende, demüthigende Strafen. Die letzten Nachzügler der letzteren waren der Pranger und in anderer Richtung die Ehrenerklärung, die Abbitte und der Widerruf (vgl. über die letzteren Hälschner Gerichtsſ. 1864 S. 321). Zu den beschämenden Strafen, das Wort im weitesten Sinne genommen, kann man allenfalls noch auch den Verweis rechnen, von dem § 57 Z. 4 spricht.

II. Der Verweis ist wirklich eine Strafe, obwohl er im ersten Abschnitt des Strafgesetzb. (wohl wegen seiner ganz vereinzelten Anwendbarkeit) nicht unter den „Strafen“ mit erwähnt ist. Seine Vollstreckung setzt also ein rechtskräftiges Urtheil voraus. Es ist dem Ermessen des Richters anheimgestellt, auf schriftliche oder mündliche Ertheilung des Verweises zu erkennen (so ausdrücklich § XII des Einführungsgeſ. zum StrGB. für Elsaß-Lothringen). Die Vollstreckung steht dann nach Analogie des § 483 StrPrO. der Staatsanwaltschaft zu.

§ 50. 5. Leibesstrafen.

I. Verstümmelnde und entstellende Strafen vertheidigt heute Niemand mehr. Brandmarkung und Abhauen der rechten Hand kommt noch im C. pénal vor.

II. Die Prügelstrafe (euphemistischer: „körperliche Züchtigung“ genannt, während man früher Züchtigung als die leichtere Art der Prügelstrafe vom Staupenschlag, der fustigatio, unterschied), hat noch ihre Anhänger. Namentlich billigen Mittelstädt, v. Schwarze und H. Meyer ihre Anwendung bei jugendlichen Personen. — Verschiedenartige Wirkung der Züchtigung durch Eltern, Lehrer und durch den Büttel. Prügelmaschinen? — Als Disciplinarstrafe für Sträflinge ist die Prügelstrafe in mehreren deutschen Ländern (wie z. B. in Preußen für die Zuchthaussträflinge) zugelassen (nicht in Bayern — Ges. zum Vollzug der Einf. des StrGB. Art. 36 Abs. 2: „Körperliche Züchtigung ist auch als Disciplinarmittel gegen Sträflinge in allen Strafanstalten und Gefängnissen ausgeschlossen“).

§ 51. B. Nebenstrafen. 1. Freiheitsstrafen.

I. Hierher kann man die Polizeiaufsicht insofern stellen, als sie zunächst Beschränkungen der persönlichen Freiheit mit sich bringt. Allein sie ist vom Gesetzgeber nicht als Nebenstrafe aufgefaßt, sondern als eine Polizeimaßregel, welche freilich zur Voraussetzung hat, daß der Strafrichter bei einer Verurtheilung zu einer Freiheitsstrafe (§ 38) auf die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht erkannt hat. Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches Erkenntniß die Ermächtigung, nach Anhörung der Gefängnißverwaltung den Verurtheilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizeiaufsicht zu stellen.

„Gesetzlich vorgesehene Fälle“ (s. § 38), in denen der Strafrichter auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkennen kann, finden sich in den §§ 44 Abs. 2, 49a, 115, 116, 122, 125, 146, 147, 180, 181, 248, 256, 262, 294, 325, Nahrungsmittelgesetz § 13. In der Regel also ist Polizeiaufsicht nur neben Zuchthaus zulässig. Ausnahmsweise (§ 180, 262, 294) neben Gefängniß. Für Versuch und Beihülfe gelten hier dieselben Voraussetzungen, wie für Vollendung, Anstiftung und Thäterschaft (§§ 45, 48, 49).

Die Polizeiaufsicht hat nach § 39 die Wirkung der Aufenthaltsbeschränkung und der Ausdehnung des Rechts zur Haussuchung gegenüber den betr. Personen (vgl. § 104 StrPO.). Ausländern insbesondere gegenüber erhält die höhere Landespolizeibehörde das Recht der Reichsverweisung. Dieses Recht ist ihr

ausnahmsweise auch im § 284 (gewerbsmäßiges Glückspiel) eingeräumt, obwohl dieser „Polizeiaufsicht" nicht für zulässig erklärt.

Weitere Wirkungen: Gewerbeordnung § 57 Z. 2 (der Wandergewerbeschein ist zu versagen, wenn der Nachsuchende unter Polizeiaufsicht steht), § 62 Abs. 2, § 43 Abs. 2 und Preßgesetz § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 1; StrPrO. § 103 Abs. 2, 106 Abs. 2, 113.

Ueber jugendliche Personen kann Polizeiaufsicht nicht verhängt werden (§ 57 Z. 5).

Nach § 361 wird mit Haft bestraft: 1. wer, nachdem er unter Polizeiaufsicht gestellt worden ist, den in Folge derselben ihm auferlegten Beschränkungen zuwiderhandelt; 2. wer, nachdem er des Bundesgebiets (oder des Gebietes eines Bundesstaats) verwiesen ist, ohne Erlaubniß zurückkehrt.

Vgl. über die Polizeiaufsicht Triest Gerichtss. 1857 II S. 457. Anhang III zu den Motiven. Schwarze Gerichtss. 1872 S. 277. Berner eb. 1881 S. 301. Lucchini Gli istituti di polizia preventiva in Italia. Relazione al 2do congresso giurid. internaz. etc. 1881.

II. Reichsverweisung wird über Ausländer verhängt:

1. Als „Wirkung der Polizeiaufsicht" (§ 39 Z. 2) s. oben unter 1.

2. In dem ebenfalls schon unter 1. erwähnten Fall des § 284 (gewerbsm. Glückspiel).

3. Nach § 362 Abs. 3 (an Stelle der Unterbringung in ein Arbeitshaus).

(Für Rückkehr ohne Erlaubniß gilt in den Fällen 1. bis 3. der oben angeführte §-361 Z. 2.)

4. Nach § 22 des Sozialistengesetzes (an Stelle der Aufenthaltsversagung). S. ebenda Abs. 3: „Zuwiderhandlungen werden mit Gefängniß von einem Monat bis zu einem Jahre bestraft."

Reichsverweisung der Inländer s. Ges. betr. die Verhinderung der unbefugten Ausübung von Kirchenämtern vom 4. Mai 1874 § 1.

(Landesverweisung. S. Freizügigkeitsgesetz vom 1. Nov. 1867 § 3 Abs. 2, § 5. G. über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 §§ 6, 55.)

III. Ueberweisung an die Landespolizeibehörde ist zulässig bei Verurtheilung wegen der in § 361 Z. 3—8 bezeichneten Uebertretungen. Die Landespolizeibehörde erhält dadurch die

Befugniß, die verurtheilte Person entweder bis auf die Dauer von zwei Jahren in ein Arbeitshaus unterzubringen („correctionelle Nachhaft") oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden (§ 362 Abs. 2).

IV. Neben Gefängnißstrafe kann nach § 22 des Socialistengesetzes auf Zulässigkeit der Einschränkung des Aufenthalts erkannt werden, wodurch die Landespolizeibehörde das Recht erhält, dem Verurtheilten den Aufenthalt in bestimmten Bezirken oder Ortschaften zu versagen.

§ 52. 2. Nebenstrafen am Vermögen.

Luden Weiskes Rechtslex. II S. 929. Gonzenbach Zeitschr. f. d. Recht XVII S. 250. Heinze G. A. 1857 S. 266. (Goltdammer) eb. 1861 S. 730, 1866 S. 96, 1870 S. 604. Wahlberg Criminalist. u. nationalök. Gesichtsp. S. 138. v. Buri Gerichtss. 1878 S. 247. Binding S. 130 (158). Meves in v. Holtzend. Handb. des d. Strafproc. II S. 458. Dochow im Rechtslex. I S. 661.

I. Einziehung einzelner Sachen (specielle Confiscation). Der § 40 sagt: Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Thäter oder einem Theilnehmer gehören, eingezogen werden. Die Einziehung ist im Urtheil auszusprechen.

Ausnahmen: 1. Nachdrucksgesetz § 25 Abs. 2: „Die Einziehung der zur gewerbemäßigen Verbreitung bestimmten Nachdrucksexemplare nach Maßgabe des § 21 findet auch dann statt, wenn der Verbreiter nicht vorsätzlich gehandelt hat." Nach § 21 eb. tritt die Einziehung auch dann ein, wenn der Veranstalter oder Veranlasser des Nachdrucks weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat. (Beide §§ finden entsprechende Anwendung für die drei Schutzgesetze vom 9., 10. und 11. Jan. 1876; s. die §§ 16 bez. 9 und 14 ders.)

2. Neben Uebertretungsstrafen ist Einziehung zulässig nach § 360 (Z. 1, 2, 4, 5, 6, 14), 367 Z. 7—9, 369 Z. 2.

3. Auf Einziehung „kann" nicht bloß, sondern muß erkannt werden nach den §§ 152, 295, 296 a, 335 (für die Fälle der §§ 331—34), 369 Z. 2; Nachdrucksgesetz §§ 20, 21; Socialisten=

gesetz § 20. Nahrungsmittelgesetz § 15 (für die Fälle der §§ 12 bis 14 eb.), G. betr. die Bez. des Raumg. der Schankges. § 5.

4. Ohne Unterschied ob die producta oder instrumenta sceleris dem Verurtheilten gehören oder nicht, findet Einziehung statt nach den §§ 42, 152, 295, 296 a, 360, 367, nach § 15 des Nahrungsmittelgesetzes, nach den §§ 66 u. 67 des Viehseuchengesetzes und nach § 3 des Ges. betr. die Küstenfrachtfahrt.

5. Nicht bloß Producte des Verbrechens und Werkzeuge zu dessen Begehung werden eingezogen nach § 295 (verb.: „bei sich geführt hat"), 296 a (Fische). — Der § 335 gestattet es, statt des zum Zweck der Bestechung Empfangenen auch dessen Werth „für dem Staate verfallen zu erklären". Ebenso Ges. betr. die Erhebung einer Abg. von Salz vom 12. Oct. 1867 § 11. Ges. betr. die Sicherung der Zollvereinsgränze vom 1. Juli 1869 Art. 6. S. ferner Vereinszollg. von dems. Tag §§ 147, 155. Viehseuchengesetz §§ 65, 66.

Einziehung kommt unter Anderem auch vor in folgenden Reichsgesetzen: G. betr. die Nationalität der Kauffahrteisch. vom 15. Oct. 1867 § 13 (Confiscation des Schiffes). Vereinszollg. §§ 134, 135, 147, 154—157. Vgl. zu den §§ 135 und 154 cit. RGE. vom 5. Mai 1883 (V S. 320): Gegen den als Gehülfen Strafbaren ist auf Einziehung der bei ihm vorgefundenen zollpflichtigen Gegenstände zu erkennen, mag er Eigenthümer derselben sein oder nicht und mag der Hauptthäter im deutschen Reich oder in Oesterreich verfolgt werden.

II. Unbrauchbarmachung (bez. „Vernichtung") von Gegenständen. S. § 41, Markenschutzgesetz § 17.

III. Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetrieb. Gewerbeordnung § 143 Abs. 1 und 2: „Die Berechtigung zum Gewerbebetrieb kann, abgesehen von den in den Reichsgesetzen vorgesehenen Fällen ihrer Entziehung, weder durch richterliche noch durch administrative Entscheidung entzogen werden. Ausnahmen von diesem Grundsatze, welche durch die Steuergesetze begründet sind, bleiben so lange aufrecht erhalten, als diese Steuergesetze in Kraft bleiben."

Trotz dieses Abs. 2 und des § 2 EFG. zum StrGB. sind die betreffenden Ausnahmebestimmungen in älteren Reichssteuergesetzen (Salzsteuergesetz § 14, Braumalzsteuergesetz §§ 25, 26.

Branntweinsteuergesetz §§ 52, 53) durch den § 6 des EG. zum StrGB. außer Kraft getreten, weil Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetrieb eine Strafart ist, welche im deutschen Strafgesetzbuch nicht enthalten ist (Oppenhoff, Olshausen, Seydel). Dagegen kann nach § 23 des Socialistengesetzes vom Gerichte neben der Freiheitsstrafe Untersagung des Gewerbebetriebes ausgesprochen werden. (Nach § 24 eb. kann Personen, die auf Grund einer Bestimmung des Socialistengesetzes verurtheilt worden sind, von der Landespolizeibehörde die Befugniß zur öffentlichen Verbreitung von Druckschriften u. s. w. verboten werden).

IV. Der § 42. „Objectives Verfahren", wenn die Verurtheilung einer „bestimmten" (unbestimmte Personen gibt es nicht) Person nicht ausführbar ist. Nur „in den Fällen der §§ 40 und 41 ist dieses Verfahren gestattet, also z. B. nicht, wo es sich um Uebertretungen handelt (Rubo, Olshausen). Vgl. RGE. vom 21. Dec. 1882 (A. VII S. 135). Das Reichsgericht (s. RGE. vom 12. Juli 1880 — II S. 191, RGE. vom 16. Febr. 1881 — III S. 52 und vom 10. Jan. 1882 — IV S. 89) legt die Worte „nicht ausführbar" mit Berufung auf die Motive („aus irgend einem Grunde nicht ausführbar") zu weit aus. Vgl. v. Liszt Das deutsche Reichspreßrecht 1880 S. 209. Zu beachten ist, daß im § 152 statt der Worte „nicht ausführbar ist" der Ausdruck gewählt ist: „nicht stattfindet". Vgl. ferner RGE. vom 25. Mai 1883 (V S. 389): Wenn die Verurtheilung einer Person erfolgt ist, findet nachträglich ein objectives Strafverfahren nicht statt, wenngleich die Einziehung im Strafurtheil nur aus Versehen nicht ausgesprochen wurde.

S. auch Ges. betr. den Spielkartenst. § 10: „Spielkarten, welche.. mit dem erforderlichen Stempel nicht versehen sind, unterliegen der Einziehung, gleichviel wem sie gehören und ob gegen eine bestimmte (sic!) Person Anklage erhoben wird."

V. Ueber das Verfahren bei Einziehungen s. die §§ 477—479 StrPrO. (Geyer Lehrb. S. 885.)

§ 53. 3. Nebenstrafen an der Ehre.

Marezoll Ueber die bürgerl. Ehre, ihre gänzl. Entziehung und theilw. Schmälerung 1824. Birnbaum N. A. 1844 S. 157. Nöllner Ueber das Verhältniß der Strafgesetzbücher zur Ehre

der Bürger 1846. v. Wick N. A. 1851 S. 1. Ders. Ueber Ehrenstrafen und Ehrenfolgen der Verbr. u. Strafen, 2. (Titel-)Ausg. 1853. Verhandl. des 3. deutschen Juristentages II S. 88, 406. Geyer Allg. österr. Gerichtsz. 1863 Nr. 150—153. Wahlberg Die Ehrenfolgen der strafgerichtl. Verurtheilung 1864. Zugschwerdt Die Schärfungen der Freiheitsstrafen 1865. Glaser Studien zum Entw. des öst. Strafg. 1870 S. 1. Groß Ueber die Ehrenfolgen bei strafgerichtl. Verurtheilungen 1874. Binding S. 124 (152). Geyer Zeitschr. für vergl. Rechtswiss. I S. 398. Teichmann Rechtslex. I S. 603.

I. Begriff der Ehrenstrafen = Entziehung von Rechten, deren Ausübung eine besondere Ehrenhaftigkeit voraussetzt bezw. Verlust der Fähigkeit zur Erlangung solcher Rechte. Also können nicht Privatrechte im e. S., auch nicht Familienrechte in Betracht kommen. (Zur Erwägung dessen, was der Familie frommt, ist nicht das Strafgericht berufen.) Wohl aber vor Allem Befugnisse staatsrechtlicher Natur. Im Einzelnen: 1. Sogenannte bürgerliche Ehrenrechte (Titel, Würden, Orden). 2. Aemter. 3. „Politische" Rechte (Wahlrechte u. dgl.). 4. Das Recht, dem Militärstand anzugehören.

II. Gänzliche Beseitigung der Ehrenstrafen würde ebenso wenig der Gerechtigkeit wie den Strafzwecken und insbesondere den Interessen des Staats entsprechen. Als Hauptstrafen können sie Verwendung finden in Fällen wesentlich disciplinaren Charakters, als Nebenstrafen werden sie von den Strafgesetzgebern gewöhnlich in Verbindung mit den Freiheitsstrafen gebracht. Das einfachste System ist in dieser Hinsicht: Nothwendige Verbindung mit einer (der schwersten) Art der Freiheitsstrafe, aber Recht des Richters, die Ehre dadurch „vorzubehalten", daß er nie gezwungen ist, auf diese schwerste Strafart zu erkennen (Verallgemeinerung der Bestimmung des § 20 unseres Strafgesetzbuchs). Der Gegensatz von ehrlichen und unehrlichen Thaten ist ungemein wichtig, fällt aber nicht zusammen mit dem Unterschied zwischen den verschiedenen Verbrechensarten. — Was das Maß der Ehrenstrafen betrifft, so wird man lebenslange Dauer derselben nur rechtfertigen können in Verbindung mit (Todesstrafe oder) lebenslanger Freiheitsstrafe und auch in anderer Hinsicht ist Theilbarkeit (wie bei allen Strafen) geboten, d. h. nicht

immer, wo Ehrenstrafen eintreten, sollen sie sich auf den Inbegriff derselben Rechte erstrecken.

III. Die Strafgesetzgebung betritt hier ein mit Dornen besäetes Gebiet, wie überall wo Ehrenpunkte mit in Frage kommen. Die Regelung ist um so schwieriger, als weder an die römische infamia noch an die mittelalterliche Recht-, Ehr- und Echtlosigkeit angeknüpft werden kann. Der moderne Staat soll hier genaue Fühlung halten mit den im Volk herrschenden Anschauungen über die Verbindung von Recht und Ehre. Unser Strafgesetzbuch hat, ohne Consequenz und zögernd, in der Regelung der Ehrenstrafen einige Schritte vorwärts gethan.

IV. Das System unseres Strafgesetzbuchs betreffs der Ehrenstrafen, soweit man von einem System sprechen kann, ist folgendes:

1. Gewisse Ehrenfolgen sind „von Rechtswegen" verbunden mit der Verurtheilung zur Zuchthausstrafe (§ 31).

2. Der „Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte" kann neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe, sowie unter gewissen besonderen Voraussetzungen neben einer mindestens drei Monate dauernden Gefängnißstrafe eintreten (§ 32). Eine solche „Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte" bewirkt wieder zweierlei:

a) Den Verlust (wie sich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung von selbst verstünde: dauernden Verlust) der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden, Ehrenzeichen (§ 33).

b) Die Unfähigkeit, während der im Urtheil bestimmten Zeit (s. § 32 Abs. 2) gewisse Rechte auszuüben, Würden u. s. w. zu erlangen (§ 34).

3. Aus der Gesammtheit der Ehrenfolgen ist die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter insofern ausgeschieden, als diese (in der Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren) a) neben einer Gefängnißstrafe ausgesprochen werden kann, mit welcher die Aberkennung bürgerlicher Ehrenrechte überhaupt hätte verbunden werden können (§ 35) und b) im besonderen Theil in den §§ 128, 129 und 358 (331, 339—341, 352—355, 357 betreffend) dem Richter gestattet wird, neben Gefängnißstrafe auch jene Unfähigkeit eintreten zu lassen.

4. Ebenso tritt Verlust der öffentlichen Aemter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegange-

nen Rechte in ausnahmsweiser Verbindung mit Festungshaft auf in den §§ 81, 83, 87—90, 94; in Verbindung mit Gefängniß im § 95.

5. Kaum aus dem Gesichtspunkte einer Ehrenstrafe, sondern aus dem einer Maßregel im Interesse der Sicherheit des Verkehrs ist § 319 zu betrachten.

§ 54. Fortsetzung. Die einzelnen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Ehrenfolgen.

1. Der § 31 (vgl. Herbst Gerichtss. 1875 S. 401). „Oeffentliche Aemter" ist nicht aus § 359 zu erklären. Der Gegensatz ist „Privatämter". Allerdings wird man aber bei der Auslegung an der Grundlage des öffentlichen Rechts im e. S. d. h. des Staatsrechts festhalten müssen. Kirchliche Aemter gehören also nicht hierher. Den Geistlichen kann § 31 nur treffen, insofern er zugleich Staatsdiener ist.

Die im § 31 bezeichneten Ehrenfolgen treten von Rechtswegen ein. Anders bei der „Entfernung aus dem Heere oder der Marine" nach dem § 31 Mil.StrGB.

2. Der § 32 gibt dem Richter nur die Ermächtigung, auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen. Ausnahmen: §§ 161, 182, 302 d.

Neben Gefängnißstrafe wird der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zugelassen in den §§ 49a, 108, 109, 133, 142, 143, 150, 160, 161 (für die Fälle der §§ 156—159), 164, 168, 173, 180, 183, 248 (für Diebstahl und Unterschlagung), 256 (für Erpressung), 262 (Hehlerei), 263, 266, 280, 284, 289, 294, 302, 302 a—c, 304, 329, 333, 350. Der § 302 d gebietet die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, obwohl nur ein Vergehen in Frage ist.

Gegen jugendliche Personen darf auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder einzelner bürgerlicher Ehrenrechte nicht erkannt werden (§ 57 Z. 5).

3. § 33. Vgl. dazu Mil. StrGB. §§ 31, 42. Ferner Gewerbeordnung §§ 106, 150 Z. 1, 154 betreffs des Haltens von Lehrlingen. § 100 a Abs. 2 ebenda: „Von der Ausübung eines Stimmrechts oder eines Ehrenrechts in der Innung sind alle diejenigen ausgeschlossen, welche sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden ...."

4. § 34. „Curatoren" im Sinne von Z. 6 sind diejenigen nicht, welchen nur eine Vermögensverwaltung übertragen ist. Vgl. Concursordnung § 7a.

5. § 36. „Die Zeitdauer wird von dem Tage berechnet", nicht beginnt sie, wie die Strafverfolgungsverjährung, (§ 67 Abs. 4) „mit dem Tage" u. s. w. Also der letzte Tag der Verbüßung oder Verjährung der Freiheitsstrafe bez. der Tag, an dem sie erlassen wurde, wird nicht in jene Zeitdauer eingerechnet.

6. Der § 37. Vgl. Mil.StrGB. § 42 Abs. 2. Der § 37 ist nicht anwendbar, wenn ein Ausländer im Ausland bestraft worden und später Deutscher geworden ist.

7. Der § 161 schreibt vor, daß bei jeder Verurtheilung wegen Meineids, mit Ausnahme der Fälle in den §§ 157 und 158 (auch 159 — s. RGE. vom 10. Juni 1880 — II S. 49) auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und außerdem auf die dauernde Unfähigkeit des Verurtheilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen ist. Das Gesetz sieht also diese Unfähigkeit nicht als eine Ehren- oder Rechtsminderung an, obwohl sie häufig als solche wirken oder empfunden werden wird, sondern als eine Maßregel zur Verhütung von Meineiden und zum Schutz vor trüglichen Beweismitteln. Auf dieselbe sind demnach die Vorschriften über die Ehrenstrafen nicht anzuwenden. So ist auf Eidesunfähigkeit auch zu erkennen, wenn der angeklagte Meineidige eine jugendliche Person ist — RGE. vom 29. Juni 1882 — IV S. 638. Von Rechtswegen tritt die Eidesunfähigkeit nicht ein; sie muß ausdrücklich ausgesprochen werden — RGE. vom 24. Jan. 1880 (I S. 269).

Zu § 56 Z. 2 der StrPrO. vgl. Geyer in v. Holtz. Handb. des deutschen Strafproc. I S. 284: „Es ist unrichtig, die Unfähigkeit, ein Zeugniß .... zu beeidigen .... an die Verurtheilung wegen eines Verbrechens zu knüpfen. Selbst betreffs der Meineidigen ist eine solche Bestimmung nicht haltbar; sie ist bloß*) Befreiung des Meineidigen von ihm oft lästigen Pflichten, schränkt das Ermessen des Richters ohne genügenden Grund ein und schädigt die Rechtspflege, für welche unter Umständen ein wichtiges Beweismittel ganz oder theilweise verloren geht. (S. die Note 1 dort u. N. 2 zu S. 285 eb.)

---

*) Hier sollte es heißen: „sie ist nicht selten" bloß.

8. Die Bekanntmachung des Urtheils ist ein den modernen Verhältnissen angepaßter Ueberrest aus den Zeiten des Prangers und der Schandsäule. Sie erscheint nach dem Strafgesetzbuch (§§ 165 und 200) hauptsächlich als Genugthuung für den Verletzten, welchem die Befugniß zuzusprechen ist, die Verurtheilung öffentlich bekannt zu machen. Ebenso nach § 17 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes und nach § 35 des Patentgesetzes. Dagegen tritt der Charakter der Nebenstrafe hervor im § 16 Abs. 1 des Nahrungsmittelgesetzes: „In dem Urtheil oder dem Strafbefehl kann angeordnet werden, daß die Verurtheilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen sei". Dazu die in ihrer (bedauerlichen) Vereinzelung besonderes Interesse gewährende Bestimmung in Abs. 2: „Auf Antrag des freigesprochenen Angeschuldigten hat das Gericht die öffentliche Bekanntmachung der Freisprechung anzuordnen; die Staatskasse trägt die Kosten, insofern dieselben nicht dem Anzeigenden auferlegt worden sind".

Zweiter Abschnitt. Die Anwendung der Strafen durch den Richter.

H. H. II S. 545, IV S. 207 (Merkel). Berner § 155. Schütze S. 173. H. Meyer S. 372. v. Liszt S. 206. v. Wächter S. 261. Hälschner S. 634. Lelièvre De poenarum delictis adaequandarum ratione 1824. Baumeister Bemerk. zur Strafgesetzgebung S. 46. Möller Ueber das Strafmaß 1848. Ders. Kritik des Strafmaßes 1852. v. Jagemann N. A. 1849 S. 523. Merkel Strafrechtsz. 1864 Sp. 345, 1865 Sp. 129. Wahlberg Das Pr. der Individualisierung 1869. Medem Gerichtss. 1874 S. 590. Hecker eb. 1879 S. 186. Geyer im Rechtslex. III S. 809—814.

§ 55. Die Strafausmessung im Allgemeinen und die Strafzumessung im e. S.

1. Die Lehre von der Strafausmessung überhaupt und von der Strafzumessung im e. S. insbesondere ist nichts als eine Anwendung der sog. Strafrechtstheorie. Die Anschauung über Grund und Zweck der Strafe ist hier maßgebend. Ist von dem positiven Recht eines Staates die Rede, so muß vor Allem gefragt werden, von welcher Anschauung über die Strafe der Gesetzgeber

ausgegangen ist. Unser Gesetzgeber nun stand erfreulicherweise „unter dem Banne jener Ansicht, die den Maßstab der Strafe in dem begangenen Verbrechen sieht, jener Ansicht, die zwischen Unrecht und Strafe eine Gleichung herzustellen sucht", (was v. Liszt Lehrb. S. 208 von seinem Standpunkt mißbilligt). Nicht selten (namentlich bei den Staatsverbrechen) hat er sich aber bei seinen Strafdrohungen von dem Gedanken an den Sicherungszweck auf Kosten der Gerechtigkeit beeinflussen lassen. Auch in diesen Fällen werden die Grundsätze der Gerechtigkeit für die Strafabmessung maßgebend sein müssen, soweit das Gesetz freie Hand läßt.

2. Die Gerechtigkeit fordert, daß die Strafe eine verschiedene sei, je nach der Bedeutung des durch das Verbrechen verursachten Uebels (objectiver Maßstab der Strafe) und nach der Intensität des verbrecherischen Willens (subjectiver Maßstab).

3. Innerhalb des vom Gesetzgeber aufgestellten ordentlichen Strafrahmens (der poena ordinaria im modernen Sinne des Worts) ist dem Richter freie Bewegung nach den angegebenen Gesichtspunkten gestattet, wenn, wie es abgesehen von den mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen, im Strafgesetzbuch stets der Fall ist, die Strafe nur relativ bestimmt ist. Mit Recht hat der Gesetzgeber für die Ausmessung der ordentlichen Strafe (die Strafzumessung im e. S.) keine das Ermessen des Richters einschränkende Vorschrift gegeben. Wir haben keinen gesetzlichen Katalog von Strafmehrungs- (Straferhöhungs-) und Strafminderungsgründen (anders z. B. in Oesterreich, in Ungarn, in mehreren Gesetzbüchern der Schweiz, in Rußland).

4. Neben der ordentlichen Strafe kommt bei uns auch häufig eine außerordentliche vor, bei deren Androhung der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgeht, daß für besonders geringe oder schwere Fälle der betreffenden Verbrechensart der ordentliche Strafrahmen zu eng sei. Findet diese außerordentliche Strafe Anwendung, so redet man von Strafänderung, welche entweder Strafmilderung oder Strafschärfung ist.

5. Die Strafzumessung (im e. S.) hat einen verschiedenen Spielraum, je nachdem die (ordentliche) Strafdrohung eine nicht alternative oder eine alternative ist. In dem letzteren Fall muß sich der Richter gegenwärtig halten, daß die gesetzliche Reihenfolge der Strafen, ihrer Schwere nach (von oben gerechnet) ist: Zucht-

haus, Gefängniß, Festungshaft, Haft, Geldstrafe. Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattet, ist § 20 zu beachten.

6. Kann man (s. oben Z. 2) die Strafzumessungsgründe in objective und subjective eintheilen, so darf dabei doch nicht vergessen werden, daß die ersteren nur dann in Anschlag zu bringen sind, wenn ihr Vorhandensein ein für den Verbrecher nicht zufälliges (im strafrechtlichen Sinn) ist. Das eingetretene Uebel muß ihm zurechenbar sein, und das versari in re illicita bewirkt keine Präsumtion zu seinem Nachtheil. Allerdings kann auch die Gefährlichkeit der Handlung, soweit sie dem Verbrecher zum Bewußtsein gekommen ist oder kommen sollte, straferhöhend wirken.

7. Die Intensität des verbrecherischen Willens muß erschlossen werden aus der Beschaffenheit der That selber (ex re), aus Geständnissen des Thäters, aus dessen Verhalten vor und nach der That*) und aus sonstigen Kenntnißquellen, welche über seine Persönlichkeit Aufschluß geben. Die Trüglichkeit aller dieser Erkenntnißgründe muß der Richter sich stets gegenwärtig halten. Er muß sich hüten, vor der Verhängung einer Verdachtsstrafe, die dann ausgesprochen würde, wenn er den unvollständigen Beweis für das vorliegende Verbrechen sich durch das Indicium ergänzt, daß der Angeklagte ein Mensch sei, von dem man sich des Verbrechens versehen könne. Vergl. über die processualische Verwerthung der vita anteacta Kr. VJS. N. F. VI S. 585.

8. Gemessen wird die Intensität des Willens (wie angedeutet) an dem äußeren Thatbestand, insofern die Handlungsweise auf ihren Ursprung aus dem Inneren des Thäters zurückweist. Ueberwindung von äußeren Hindernissen, welche die Ausführung mehr oder weniger schwierig gemacht haben, läßt (wenn die Hindernisse dem Thäter zum Bewußtsein kamen) auf innige Verbindung des verbrecherischen Willens mit dem Ich schließen. Leicht mischt sich hier jene falsche Schätzung der That ein, welche (polizeilich, nicht criminalistisch) argumentiert: je weniger gegen eine That, wie die verübte, Sicherungsmaßregeln schützen, desto höher ist sie zu bestrafen.

---

*) Die sog. thätige Reue insbesondere bildet einen Strafminderungsgrund, insofern die Größe des Auszugleichenden eine geringere wird, s. Geyer Gerichtss. 1869 S. 1 (gegen Fornet eb. 1868 S. 107).

Daß günstige Umstände alle Wege geebnet haben, kann aber nicht für sich schon als ein Strafminderungsgrund wirken, wenn nicht ersichtlich wird, daß der Verbrecher sich gerade durch die günstige Gelegenheit zum Verbrechen verlocken ließ (Gelegenheitsverbrechen), während (zum Mindesten) strafmindernd jeder Einfluß wirkt, welcher das Gleichgewicht des Gemüthes störend zur Handlung im Affect hinreißt.

9. Damit haben wir den Boden der Beweggründe oder Motive zum Verbrechen betreten. (Vgl. darüber besonders Hälschner I S. 508.) Hier kommt einerseits in Betracht der Gegensatz zwischen entehrendem (niedrigem, gemeinem) und nicht entehrendem (möglicherweise sogar ehrendem, edlem) Beweggrund. Diesen Unterschied zu beachten ist der Richter nicht bloß durch den § 20, sondern durch das ganze System der Freiheitsstrafen und ihre Verbindung mit den sog. Ehrenfolgen angewiesen. Bei Anwendung alternativer Strafdrohungen muß die Wahl der Strafart, bei anderen wenigstens die quantitative Zumessung der Strafe durch jenen Unterschied wesentlich mit bestimmt werden.

10. Besonders zu betonen ist der Gegensatz von Gelegenheits- und Gewohnheitsverbrechen. (Vgl. Dochow Zur Lehre von den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbr. 1871. Wahlberg Ges. kl. Schr. I S. 136, III S. 55. Ders. Grünhuts Zeitschr. S. 465. v. Lilienthal Beiträge zur Lehre von den Collectivdelicten 1879.) Die Zurechnung steigt, je mehr das verbrecherische Wollen aus dem Character des Wollenden als ein nothwendiges Erzeugniß desselben hervorgegangen ist; sie nimmt ab desto mehr, je mehr sich jenes Wollen entweder einem „herrenlosen", für das niemand verantwortlich ist, oder einem solchen Wollen nähert, für welches ein Anderer als der Thäter verantwortlich ist, weil jener dem letzteren durch psychisch unfrei machende Gewalt den Willen und die That abgenöthigt hat. So sind wir nach zwei entgegengesetzten Richtungen weiter gewiesen zu den Strafänderungsgründen.

§ 56. Strafänderung. 1. Strafmilderung.

Burghart Gerichtss. 1852 II S. 419, 449. (Goltdammer) G. A. 1857 S. 222. Lippmann Historisch-dogmat. Darstellung der Lehre v. d. richterl. Strafänderungsbefugniß 1863. Zimmer-

mann Gerichtsſ. 1871 S. 353. Schwarze eb. 1874 S. 578 u. Comm. S. 26. Binding S. 134 (162). Wahlberg Geſ. kl. Schr. I S. 142. Ueber den Milderungsgrund der Jugend insbeſondere. Kayſer Strafrechtsz. 1871 S. 177. Fuchs eb. S. 249. Teichmann eb. S. 306. Ortloff eb. S. 543. Pape eb. 1872 S. 11. John eb. 1872 S. 208. Meves eb. S. 596. Ruhſtrat Gerichtsſ. 1871 S. 73. Dochow eb. S. 462. Ortloff eb. 1874 S. 62 und in G. A. 1873 S. 173. Baumert Ueber die Zurechnungsfähigkeit jugendl. Perſonen 1877. Geyer H. H. IV S. 104. Reiffelt Gerichtsſ. 34 S. 513. S. auch den Anhang IV der Motive.

I. Hält der Geſetzgeber es für nöthig, neben dem ordentlichen Strafrahmen noch einen außerordentlichen für minder ſtrafbare Fälle aufzuſtellen, ſo iſt es inconſequent, wenn er die Vorausſetzungen für die Strafmilderung nicht geſetzlich genauer beſtimmt. Das aus Frankreich ſtammende Inſtitut der ſog. mildernden Umſtände dankt einer Bequemlichkeit der mit der Geſetzgebung betrauten Factoren ſeinen Urſprung, welche man vergebens mit dem Mantel humaner Reden und criminalpolitiſcher Schlußfolgerungen zu umhüllen ſucht (ſ. unter Anderem John Entw. S. 167, der nachweiſt, wie ſich der Richter unter der Aegide der mildernden Umſtände über das Geſetz ſtellt und mildernde Umſtände annimmt, ſobald ihm das Geſetz zu hart erſcheint, was ganz beſonders von Volksrichtern gilt — vgl. § 297 StrPrO. und Lehrb. S. 710). Ueberläßt man es dem Richter, was er als ſtrafmildernd anſehen will, ſo ſind die beiden Strafdrohungen (die ordentliche neben der außerordentlichen Strafe) nur leerer Schein, der durch Zuſammenziehung in einen Strafſatz beſeitigt werden ſollte.

Die Motive ſagen S. 113: „(Die mildernden Umſtände) ſollen den Richter auf das Recht und die Pflicht hinweiſen, zu prüfen, ob der Geſetzgeber, wenn ihm die Umſtände des concreten Falles vorgelegen hätten, eine mildere als die gewöhnliche Strafe angeordnet haben würde". Damit iſt zugegeben, daß der Geſetzgeber dort, wo er mildernde Umſtände zugelaſſen, vorausgeſehen hat, daß ſich Fälle ereignen werden, für welche die gewöhnliche Strafe zu hart iſt. Und gerade damit, daß es ſolche nicht vorausſehbare Fälle gebe, motiviert man gewöhnlich das Inſtitut der mildernden Umſtände!

Strafprozessualisch ergänzt man diese Begriffsverwirrung dadurch, daß man sagt: die mildernden Umstände haben keine Beziehung zur Schuldfrage, denn sie sind begrifflich Strafzumessungsgründe (s. Hahn Material. zur StrPrO. I S. 205 — Mot. zum Entw. der StrPrO. S. 152), woraus sich dann weiter die Bestimmung in § 266 Abs. 3 der StrPrO. ergibt. Es bedarf also keiner thatsächlichen Feststellung der mildernden Umstände; nur die Entscheidung über m. U. ist anzugeben. Vgl. RGE. vom 19. Juli 1880 (II S. 83), wo es heißt, es handle sich dabei um das Vorhandensein thatsächlicher Verhältnisse, die geeignet sind, im gegebenen Fall einen mildernden Einfluß auf die Ausmessung der Strafe zu üben, ohne daß das Gebiet derselben vom Gesetz irgendwie begränzt und bestimmt ist. —

II. Das Strafgesetzbuch hat m. U., wie es erklärlich ist, vor Allem bei Verbrechen im e. S. zugelassen; nur in wenigen Fällen begegnen sie uns bei Vergehen: s. d. §§ 113 Abs. 2, 114 Abs. 2, 117 Abs. 3, 187, 189, 223 Abs. 2 (bezw. 228), 246, 263, 333, 340. Weniger erklärlich ist es, daß m. U. bei mehreren Verbrechen im e. S. nicht zugelassen sind (wie bei Mord, Hochverrath nach § 80, Meineid, schwerer Kuppelei, Brandstiftung in den Fällen der §§ 306 und 307; s. ferner die §§ 312, 314, 315, 321—324, 334 Abs. 1, 336, 338, 343, 344, 345 Abs. 1, 349, 356 Abs. 2). Ausschließliche Androhung von Zuchthaus, bekanntlich einer entehrenden Strafe, läßt sich bei keiner Verbrechensart rechtfertigen.

III. Statt der „mildernden Umstände“ wäre eine Bestimmung über geminderte Zurechnung, wie sie der erste Entw. (in mangelhafter Abfassung) enthielt, zu wünschen. Daneben würden noch einige andere allgemeine Milderungsgründe Platz haben. So insbesondere der Milderungsgrund der Jugend. Diese — sowie mit Recht Versuch und Beihülfe (im Gegensatz zu Vollendung und Thäterschaft) — erscheint in unserem StGB. als allgemeiner Strafmilderungsgrund (dessen Wirksamkeit sich auf alle noch nicht 21 Jahre alten Verbrecher erstrecken sollte, s. oben § 27 I 5). Hier ist nun die Bedeutung der strafmildernden Vorschriften des § 57 näher zu würdigen.

IV. Da die Jugend als allgemeiner Strafmilderungsgrund anerkannt ist, so kann sie nicht noch außerdem als „mildernder Umstand“ in Betracht kommen, obwohl dies zuweilen zu Härten

führen wird. Von dieser Ansicht geht auch das unter VI. citirte RGE. vom 20. März 1882 aus. Uebrigens hat die Controverse darum wenig Bedeutung, weil selbst theoretisch nichts im Wege steht, bei dem jugendlichen Thäter einmal die Jugend nach § 57 und dann außerdem die besonders weit zurückgebliebene psychische Entwicklung als mildernden Umstand gelten zu lassen, während es freilich unlogisch ist, das Alter (z. B. von 13 bis 14 Jahren) als solches als mildernden Umstand anzusehen, obwohl dasselbe schon nach § 57 Berücksichtigung finden muß.

V. Die Fassung von Z. 1—3 des § 57 hat die alternativen Strafdrohungen nicht berücksichtigt. Wo solche vorkommen, findet man die Strafdrohungen für den jugendlichen Verbrecher durch entsprechende Reduction jeder dieser Strafdrohungen. Wenn z. B. der § 100 die Strafdrohungen: Zuchthaus bis zu fünf Jahren (oder) Festungshaft von gleicher Dauer enthält, so sind die entsprechenden Strafdrohungen nach § 57: Gefängniß von einem Jahr bis zu zweieinhalb Jahren (oder) Festungshaft von einem Tag bis zu zweieinhalb Jahren. (Die Ausdrücke „Mindestbetrag der angedrohten Strafart" und „Hälfte des Höchstbetrags der angedrohten Strafe" in § 57 Z. 3 sind wohl zu beachten.)

VI. Richtig entschieden hat ein RGE. vom 20. März 1882 (IV S. 262): „Wenn bei einem Reate allgemein mildernde Umstände zugelassen sind, (muß) zunächst thatsächlich festgestellt werden, ob bei Verübung der Handlung — außer dem besonderen (allgemeinen?) Milderungsgrunde der Jugend — noch weitere mildernde Umstände vorhanden sind, in welchem Falle die „für die begangene" Handlung angedrohte Strafe nicht die ordentliche Strafe des Reates an sich, sondern die für den Fall mildernder Umstände angedrohte außerordentliche Strafe ist und diese ist sodann gemäß § 57 StrGB. zu ermäßigen" (vgl. H. H. IV S. 105 N. 2). Richtig sodann ein RGE. vom 22. Nov. 1883 (E. IX S. 245): daß die Strafandrohung für einen jugendlichen Thäter 1 Tag — 4½ Monat Gefängniß ist, wenn er nach den §§ 154 Abs. 1 und 158 zu verurtheilen war, und die „an sich verwirkte Strafe" (§ 158) ein Jahr Zuchthaus beträgt. Ebenso ist beizustimmen einem RGE. vom 12. Juni 1882 (IV S. 559), wornach in Versuchsfällen zunächst die ordentliche Strafe, welche einen Erwachsenen treffen würde, nach § 44 festzustellen und diese nach

§ 57 zu ermäßigen ist. (Dasselbe gilt bezugs der Beihülfe vgl. H. H a. a. O.)

Olshausen hat in seinem Comm. S. 247 folgende seltsame Berechnung aufgestellt: „(Ist) die Strafe des vollendeten Verbrechens 1—5 Jahre Zuchthaus, so ist die des versuchten im Mindestbetrage 3 Monate Zuchthaus. Diese Strafandrohung muß in ihre Bestandtheile dahin zerlegt werden, daß der Versuch alternativ zu bestrafen sei entweder mit Gefängniß von $4^1/_2$ Monaten bis zu 1 Jahr 6 Monaten weniger 1 Tag (denn 1 Jahr 6 Monat Gefängniß = 1 Jahr Zuchthaus) oder mit Zuchthaus von 1 Jahr bis zu 4 Jahren 11 Monaten .... (Hiernach) ergibt sich ... gemäß § 57 Z. 3 die Strafandrohung gegen die jugendliche Person auf (als?) Gefängniß von 1 Tag bis zu 9 Monaten weniger 1 Tag, oder Gefängniß von 1 Jahr bis zu 2 Jahren $5^1/_2$ Monaten." Die für den Versuch geltende Strafandrohung kann aber nicht so zerlegt werden, daß für den jugendlichen Thäter alle Strafgrößen zwischen 9 Monaten und 364 bezw. 365 Tagen (inclus.) unanwendbar werden, also z. B. keine Verurtheilung zu 10 Monaten Gefängniß erfolgen dürfte! Nach § 57 Z. 3 ist die Strafe einfach zwischen dem gesetzlichen Mindestbetrage der (leichtesten) angedrohten Strafart (hier Gefängniß, also: ein Tag) und der Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe (hier 4 Jahre 11 Monate, also 2 Jahre $5^1/_2$ Monate, und zwar nach Abs. 2 der Z. 3 Gefängniß) zu bestimmen, mithin ergibt sich der einheitliche Strafsatz: 1 Tag bis zu 2 Jahren $5^1/_2$ Monate Gefängniß und der Richter kann nach § 19 Abs. 2 innerhalb dieses Strafrahmens auf beliebig viele Tage Gefängniß erkennen.

VII. Mit Rücksicht auf die eigenthümlichen bei der Blutschande vorkommenden persönlichen Verhältnisse hat der vierte Absatz des § 173 bestimmt, daß die an diesem Verbrechen betheiligten Verwandten und Verschwägerten absteigender Linie straflos bleiben, wenn sie das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. — (Besonders hohes Alter ist von dem StrGB. leider nicht als Strafmilderungsgrund erklärt; s. dagegen z. B. den russischen Entw. Art. 50 betr. der Todesstrafe und Zwangsarbeit.)

VIII. Besondere Milderungsgründe kommen z. B. vor in den §§ 157, 313 Abs. 2.

IX. Eine weitere Besonderheit ist im § 233 enthalten. „Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen" (der § 199 dagegen gestattet nur Straffreierklärung nicht Strafmilderung). Vgl. über die Retorsion die Uebersicht über Litteratur und Gesetzgebung bei Binding S. 137 (165).

X. Nach § 60 kann eine erlittene Untersuchungshaft bei Fällung des Urtheils auf die erkannte Strafe ganz oder theilweise angerechnet werden.

Fälschlich hat man diese Anrechnung, welche Compensation ist, oft als Strafmilderung bezeichnet. Nicht einmal die Wirkung der Anrechnung braucht der Wirkung eines Milderungsgrundes gleichzukommen; sie kann in gänzlicher Beseitigung der zuerkannten Strafe oder in Minderung derselben innerhalb des ordentlichen Strafverfahrens bestehen (s. RGE. vom 21. März 1882; IV S. 264).

Die Anrechnung kann nicht bloß auf Freiheitsstrafe, sondern auch auf Geldstrafe, ja auf den Verweis erfolgen (d. h. der letztere wird durch die „Anrechnung" wegfallen, was freilich nicht sehr rationell ist). Bei Anrechnung auf Zuchthausstrafe kann die letztere auf eine Dauer von weniger als einem Jahr herabgesetzt werden; § 14 Abs. 2 wird dadurch nicht verletzt, daß der Richter irgend einen Theil der Zuchthausstrafe, welche innerhalb der dort angegebenen Gränze ausgemessen ist, als verbüßt erklärt, so daß nur noch eine Zuchthausstrafe in der Dauer von weniger als einem Jahr zu verbüßen ist.

Unrichtig ist es, daß die Untersuchungshaft höchstens nur in derselben Zeitdauer, wie sie verbüßt ist, auf eine Freiheitsstrafe angerechnet werden darf (so RGE. vom 7. Sept. 1880 — A. II S. 290). Namentlich der Haft gegenüber wird die Untersuchungshaft in der Regel als ein intensiveres Uebel erscheinen, so daß z. B. vierwöchentliche Untersuchungshaft recht wohl sechs Wochen Haft gleichgesetzt werden kann, was das Gesetz keineswegs verbietet. Richtig dagegen ist es, daß die Anrechnung insoweit unstatthaft ist, als während der Untersuchungshaft eine anderweit erkannte Freiheitsstrafe von dem Angeklagten verbüßt wurde

(RGE. vom 23. Oct. 1880 II S. 380). Processualisch interessant ist ferner, daß die irrthümlich erfolgte Anrechnung einer in Wirklichkeit nicht erlittenen Untersuchungshaft mit der Revision nicht angefochten werden kann, weil es sich dabei nur um einen thatsächlichen, nicht einen Rechtsirrthum handelt (RGE. vom 9. Nov. 1880, II S. 479) was de lege ferenda aufmerksam macht, daß man mit dem Formalismus jenes Rechtsmittels brechen sollte, wo es sich um thatsächliche Feststellungen handelt, die der Revisionsrichter treffen kann, ohne in Widerspruch mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit zu gerathen.

Wenn mehrere Verbrechen des verhafteten Angeklagten zugleich zur Aburtheilung kommen, so kann die Untersuchungshaft auch dann abgerechnet werden, wenn sie wegen eines Verbrechens verhängt war, von welchem der Angeklagte freigesprochen wird (RGG. vom 21. Jan. 1881 II S. 751) und ebenso kann § 60 angewandt werden, wenn die Untersuchung mehrere Verbrechen umfaßte und die Untersuchungshaft wegen eines Verbrechens verhängt war, wegen dessen das Verfahren eingestellt wurde (RGE. vom 9. März 1881 III S. 126). Noch weitergehend sagt ein RGE. vom 28. Nov. 1882 (IV S. 580): Wenn die Untersuchungshaft gleichzeitig wegen mehrerer Verbrechen verhängt ist, so erwächst für jeden der mit der Aburtheilung eines dieser Verbrechen befaßten Richter die Berechtigung der Anrechnung nur mit der Maßgabe, daß die Zeit (?) der Untersuchungshaft nur einmal auf die Strafe angerechnet werden kann, daß also insoweit der mit der Aburtheilung zuerst befaßte Richter die Haft angerechnet hat, die Berechtigung einer Anrechnung für den später auf Strafe erkennenden Richter entfällt. (Die Opposition v. Schwarze Comm. S. 259 N. 4 gegen dieses Erkenntniß beruht auf dem Mißverständniß, als ob es sich um Anrechnung einer Untersuchungshaft gehandelt hätte, welche gar nicht in der fraglichen Untersuchung verhängt worden war.)

Auch im Ausland erlittene Untersuchungshaft kann angerechnet werden (vgl. § 7).

(Ueber die Anrechnung der Untersuchungshaft handeln: Rosenkrantz Zeitschr. f. Gesetzg. und Rechtspfl. in Bayern XIII Abth. f. Strafr. S. 217, 406. Abegg N.A. XIV S. 153. Wahlberg Oesterr.

VJSchr. I S. 181 (Goltdammer) G.A. 1868 S. 713. Mayer eb. 1872 S. 239. v. Schwarze Sächs. G.Z. XIX S. 79.)

XI. Neben den „mildernden Umständen" werden in den §§ 94 und 96 „minder schwere Fälle" hervorgehoben, so daß schon für diese eine gemilderte Strafe, noch mildere Strafe bei dem Vorliegen „mildernder Umstände" eintritt. Jener Ausdruck ist dem preußischen Recht entnommen (vgl. Allg. Landr. II 20 § 194, preuß. StrGB. §§ 74, 76). Es sollen damit objectiv geringere „Thätlichkeiten" gemeint sein, wie man wohl aus der Entstehungsgeschichte des Ausdrucks folgern darf (s. Goltdammer Die Materialien zum StrGB. für die preuß. St. Theil II 1852 S. 84). Dagegen darf man nicht (wie es doch gewöhnlich geschieht) meinen, die Bestimmung über die m. U. in den erwähnten §§ sei nur bei „Verminderung der subjectiven Verschuldung" anwendbar. Der Richter kann in Folge der Unbestimmtheit, mit welcher ihn das Gesetz zur Strafmilderung bei Feststellung mildernder Umstände ermächtigt, ohne Weiteres auch, wenn ein Fall objectiv ganz außergewöhnlich geringfügig war (was nun freilich in der Regel auf „subjectiv" verminderte Verschuldung zurückweist), m. U. annehmen. Uebrigens hat die Sache wenig praktische Bedeutung, da der Richter, gleichviel ob er einen „minder schweren Fall" oder m. U. annimmt, auf dieselbe Strafe erkennen kann.

§ 57. 2. Strafschärfung. Insbesondere der Rückfall.

Wendt De delictis recidivis 1824. Hohbach N. A. IX S. 100. Ders. Beitrag zum Strafr. u. Strafverfahren 1836 S. 205. Scheurlen N. A. XI S. 648. Mittermaier eb. XIV S. 115. Abegg eb. 1834 S. 416. Bauer Abhandl. II S. 101. Hoorebeke De la recidive 1846. Baumeister Bemerk. S. 72. Molinier De la récidive 1851. (Goltdammer) G. A. 1854 S. 384. Brauer Gerichtss. 1859 S. 374. Hellweg eb. 1870 S. 54. Brusa Studi sulla recidiva 1866. Berner Grunds. S. 128 u. Krit. des Entw. S. 30. Loening Quid statuendum sit de eo, qui condemnatus in crimen reciderit 1869. v. Münchhausen Ueber die Strafbarkeit des Rückfalls 1870. Hälschner Beitrag zur Beurtheilung des Entw. S. 69. Friedländer Der Rückfall im gem. d. Recht I 1872. v. Stemann Gerichtss. 1871 S. 407. Taube Gerichtss. 1872 S. 288. Ortloff Stengleins Zeitschr. N. F. I

S. 3 u. 17. Ders. Gerichtss. 1873 S. 59. Meves Strafrechtsz. 1872 S. 120. Merkel H. H. III S. 686, 749; IV S. 409. d'Olivecrona Des causes de la récidive (aus dem Schwedischen von Kramer) 1873. Olshausen Der Einfluß der Vorbestrafungen auf später zur Aburtheilung kommende Strafthaten 1876 S. 14, 82. Binding S. 138 (167). v. Lilienthal Beitr. zur Lehre von d. Collectivdel. S. 91. Harburger Der strafrechtl. Begriff Inland u. s. w. S. 20, 53. Fuld G. A. 1883 S. 237. Geyer Rechtslex. III S. 489.

I. Da heutzutage der Satz nulla poena sine lege anerkannt ist, so vertheidigt Niemand das Gegenstück zu den mildernden Umständen — die allgemeine Ermächtigung des Richters die Strafe außerordentlicherweise zu schärfen, sobald „erschwerende Umstände" vorliegen. Unser Gesetzbuch kennt aber auch keinen allgemeinen Schärfungsgrund, dagegen eine große Zahl besonderer Schärfungsgründe (im besonderen Theil). Hierher gehört z. B. der Umstand, daß Jemand hervorragenden Antheil an einem von Mehreren begangenen Verbrechen genommen hat, s. die §§ 116 Abs. 2, 117 Abs. 2, 122 Abs. 3, 125 Abs. 2 oder der Umstand, daß die That einen besonders schweren Erfolg gehabt hat, welcher nicht selten Qualifikationsumstand im e. S. wird. Vgl. z. B. § 118, 224, 226.

II. Der Rückfall, früher in Deutschland als allgemeiner Strafschärfungsgrund anerkannt, obwohl nur wenige Stellen im römischen Recht wirklich vom Rückfall sprechen (unzweifelhaft l. 4 C. de serv. fugit... „Sin vero secundo vel tertio eum susceperit") und auch die Art. 161 und 162 der PGO. recht wohl die bloße Wiederholung im Auge haben können (s. darüber Wächter Römisch-teutsches Strafr. II S. 309; Loening l. c. p. 16; Friedländer S. 62; Brunnenmeister Die Quellen der Bamberg. S. 275. (Vgl. Bonifac. de Vital. R. de furibus latr. et robat u. s. (furta duo commisit Titius et pro illis punitur est postea commisit tertium, an laqueo suspendi debeat? was Bonifazius verneint, während Gandinus R. de fur. et. latr. n. 4 die Frage zu bejahen scheint. Entschieden bejaht sie Angelus Aretinus gl. Et vestem coelestem n. 14, der vom fur publicus et manifestus ähnlich spricht, wie die PGO. vom „mehrer verläumbdeten" Dieb.)

III. Der Rückfall ist besonderer Strafschärfungsgrund nach unserem StrGB. §§ 244 (245), 250 Z. 5, (255), 261, 264.

Der Hauptfehler dabei ist, daß die Strafschärfung vorgeschrieben (obligatorisch) und nicht in das Ermessen des Richters gestellt (also nicht facultativ) ist. Und doch ist es barbarisch hart, einen zweimal rückfälligen Dieb mit mindestens drei Monate Gefängniß zu strafen, wenn unter den Begriff des Diebstahls auch Diebstahl an Sachen von allergeringstem Werth, ja auch an Sachen ohne Geldwerth (sog. werthlosen Sachen) gehört. Wenn gar z. B. jemand zweimal, das eine Mal vor 20, das andere Mal vor 9 Jahren derartige Diebstähle beging, die, obwohl minima doch (zufällig kann man sagen) bestraft wurden und nur in einem an den Nothstand angränzenden Zustand einsteigt und fünf Pfennige stiehlt, um sich Brod zu kaufen — so hat er ein Jahr Gefängniß verwirkt (§ 244 Abs. 2)! —

Vergleicht man die Strafsätze der §§ 244 und 249, so zeigt sich, daß der schwere im Rückfall begangene Diebstahl mit schwereren Strafen bedroht ist, als der einfache Raub (die Strafminima sind dort noch einmal so hoch als hier). Nun ist nach § 252 der sog. „räuberische Diebstahl“ gleich einem Raub zu bestrafen. Liegt keiner der Qualifikationsumstände der §§ 250 und 251 bei dem räuberischen Diebstahl vor, wohl aber ein Umstand, welcher den Diebstahl zu einem schweren macht (s. § 243 Z. 1—3), so tritt die Antinomie zwischen § 244 und 249 offen zu Tage. Wendet man den § 249 an, weil § 252 die Bestrafung „gleich einem Räuber“ gebietet, so ist damit demjenigen Dieb ein Privilegium ertheilt, welcher das Gesetz doch am härtesten bestraft wissen will. Vgl. RGE. vom 29. April 1882 (IV S. 404) und dagegen. Olshausen Comm. S. 931 (N. 10).

IV. In anderen Reichsstrafgesetzen wird der Rückfall in sehr verschiedener Weise als obligatorischer Strafschärfungsgrund behandelt. S. Mil. StrGB. § 13, welcher es als Rückfall erklärt, wenn der Thäter, nachdem er wegen eines militärischen Verbrechens oder Vergehens durch ein deutsches Gericht verurtheilt und bestraft worden ist, dasselbe militärische Verbrechen oder Vergehen abermals begeht. § 37 Abs. 2: Auf Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes kann erkannt werden: in wiederholtem Rückfalle. § 38 Abs. 1: Wer wegen militärischer Vergehen bereits zweimal gerichtlich verurtheilt und bestraft worden ist, kann, wenn er zum drittenmal wegen eines militärischen Ver-

gehens verurtheilt wird, neben der Freiheitsstrafe (sic!) in die zweite Klasse des Soldatenstandes versetzt werden. (Im Entwurf § 161 unter die Rubrik: „Unverbesserlichkeit" gebracht.) Vgl. noch Abs. 2 und 3; dann § 40 Abs. 2: Auf Degratation kann erkannt werden: 2. wegen wiederholten Rückfalls. — S. ferner Salzsteuergesetz § 12, Branntweinsteuergesetz §§ 52, 53, Vereinszollgesetz §§ 140—143, Rübenzuckersteuergesetz vom 2. Mai 1870 (bezw. Verordnung von 1846 § 19, 20, 25), Postgesetz § 28, Brausteuergesetz §§ 33, 34, Tabaksteuergesetz §§ 37—39. Dagegen sagt der § 23 des Nachdrucksgesetzes ausdrücklich: „Wegen Rückfalls findet eine Erhöhung der Strafe über das höchste gesetzliche Maß nicht statt".

V. Mit dem Rückfall innerlich verwandt ist die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehung von Verbrechen, welche als (besonderer) Strafschärfungsgrund anerkannt ist in den §§ 260, 294, 302 d, im Vereinszollgesetz § 141 Abs. 2 (ausnahmsweise Ermächtigung auf „Geldbuße" statt auf Freiheitsstrafe zu erkennen, wenn der Angeklagte das Contrebandieren oder Defraudieren nicht gewerbsmäßig betreibt), im Reichsbankgesetz § 57 Abs. 2.

§ 58. Strafverwandlung.

Abegg Untersuchungen u. s. w. S. 1. (Goltdammer) G. A. 1862 S. 805. Binding S. 141 (170). Geyer Rechtslex. III S. 811. Thomsen Mag. für das d. R. der G. I S. 1.

I. Begriff: Ersetzung der aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen unvollstreckbaren Strafe durch eine andere gleichwerthige. Aber auch dabei gilt heutzutage: Nulla poena sine lege!

II. Im römischen Recht findet sich Umwandlung der nicht beizutreibenden Geldstrafe in eine coercitio extraordinaria (l. 1 § 3 D. de poenis, l. 4 C. de serv. fug. [castigatio], l. 6 C. de sep. viol. [corpore luere]). Auch Privatstrafe wird in öffentliche verwandelt — s. l. 9 D. de incend. (levius castigatur), l. 28 § 12 D. de poenis (modice vindicaretur), l. 7 § 3 D. de jurisd. (In servos autem, si non defenduntur a dominis et eos, qui inopia laborant, corpus torquendum — bei einem judicium populare; vgl. auch l. 25 D. de in jus vocando). S. darüber Binding Culpose Verbrechen im gem. römischen Recht? (Zweite Abhandlung) 1877 S. 5.

III. Lückenhaftigkeit unseres Strafgesetzbuchs.

IV. Verwandlung der Geld= in Freiheitsstrafe. Ausnahmen von § 28 Abs. 1: 1) Umwandlung nicht beizutreibender Geld= in Freiheitsstrafen ist ausgeschlossen nach folgenden Gesetzen: Wechselstempelsteuergesetz § 15 Abs. 3, Nachdrucksgesetz § 24, in den drei Schutzgesetzen vom 9., 10. u. 11. Jan. 1876 § 16 bez. 9 bez. 14.*)

2) In Haft umzuwandeln sind die Geldstrafen wegen Vergehen gegen das Postgesetz (§ 31 eb.) und gegen § 147 der Gewerbeordnung.

Zu § 28 Abs. 2 vgl. RGE. vom 27. Jan. 1882 (IV S. 79) und 2. Jan. 1883 (V S. 1), wornach diese Bestimmung auch anwendbar ist bei gleichzeitiger Umwandlung mehrerer wegen Vergehen erkannter Geldstrafen in einen 600 Mark nicht übersteigenden Gesammtbetrag.

V. Wenn in Folge einer Strafverwandlung Zuchthaus an die Stelle von Gefängniß, Festungsstrafe oder (mittelbar — s. § 28 Abs. 3) Geldstrafe tritt, so ist der § 19 Abs. 2 nicht maßgebend; es darf dann auch auf Zuchthausstrafe in der Dauer von weniger als einem Monat (auf Tage Zuchthaus) erkannt werden, weil es sich hier nicht um eine „Bemessung“ der Strafe handelt. Das Gegentheil würde zu einer ungerechtfertigten Milderung anstatt zur Feststellung eines Strafäquivalents führen. Auf „Bruchtheile eines Monats“ aber darf nie erkannt werden. Mit Recht heißt es in einem RGE. vom 18. Juni 1881 (III S. 415): „Das deutsche StrGB. kennt für die Berechnung zeitlicher Freiheitsstrafen den Monat nicht als eine absolut feststehende Zeitlänge, sondern nur als eine nach dem Kalender relativ zu bestimmende Abtheilung des Jahres .... und da andererseits nach den §§ 16—19 die Dauer aller Freiheitsstrafen nach vollen Tagen als Mindestbetrag zu bemessen ist, erbringt (?) die Bestimmung eines Monats nach Bruchtheilen eine schlechthin irrationelle arithmetisch nicht aufzulösende und dem Gesetz widersprechende Strafnorm“.

VI. Von dem allgemeinen Maßstab des § 29 abweichende Bestimmungen für die Umwandlung von Geld= in Freiheitsstrafen

*) Nicht als Ausnahmen hieher zu stellen sind, wie doch häufig geschieht, die Ordnungsstrafen, welche in den Reichsjustizgesetzen vorkommen, für welche überhaupt nicht die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs maßgebend sind, s. Geyer Lehrb. S. 512.

finden sich in verschiedenen Reichsgesetzen. S. z. B. Salzsteuergesetz § 17, Braumalzsteuergesetz § 37, Branntweinsteuergesetz § 68, Vereinszollgesetz § 162, Nachdrucksgesetz § 18 Abs. 3, Postgesetz § 31, Gewerbeordnung §§ 146—150.

VII. Eine seltsame Auslegung des ersten Absatzes von § 29 haben Rubo und Binding versucht, wobei der Letztere indeß zuletzt selbst gestanden hat, daß sie der lex lata nicht entspreche. (De lege ferenda ist die Ansicht aber auch ganz verfehlt. Wenn man die Geldstrafe ohne Rücksicht auf den Vermögensstand bemessen und einen ganz festen Maßstab für die Verwandlung der Geld- in Freiheitsstrafe aufstellen wollte, hieße das einmal recht dem alten Aristoteles zuwider das Ungleiche gleich behandeln!) S. dagegen namentlich Olshausen S. 106 und die dort erwähnte Entscheidung des preuß. Obertribunals vom 27. Sept. 1872 (Stenglein II S. 46).

VIII. Die in § 29 Abs. 2 aufgestellten Höchstbeträge der Freiheitsstrafe erhöhen sich in Concurrenzfällen auf zwei Jahre Gefängniß bezw. drei Monate Haft (§ 78 Abs. 2) und zwar gilt für die Haft diese höchste Gränze auch in dem Fall, wenn auf die Geldstrafen wegen Vergehen erkannt ist, obwohl § 78 nur von „Uebertretungen" spricht — RGE. vom 27. Januar 1882 (IV S. 79) und vom 2. Januar 1883 (V S. 3), was namentlich dadurch zu begründen ist, daß § 77 Abs. 2 den Willen des Gesetzgebers darlegt, Haft nicht in einer längeren als der Dauer von drei Monaten eintreten zu lassen.

IX. Zwischen den beiden Bestimmungen in Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 des § 29 besteht ein Widerspruch, welcher zu Tage tritt, wenn eine Geldstrafe im Betrag von mehr als 15 × 365 (bezw. 366) Mark (oder in Concurrenzfällen von mehr als einem doppelt so hohen Betrag) in Gefängniß umgewandelt werden soll. Den ersten Absatz dabei unbedingt maßgebend sein zu lassen (wie es das preuß. Obertribunal in einem Erk. vom 29. Oct. 1874 — Stenglein IV S. 274 — gethan hat, was Olshausen Comm. S. 108 N. 7 billigt) führt zu einer Verletzung des dem Verurtheilten im Abs. 4 des § 28 eingeräumten Rechts, sich durch Erlegung des Strafbetrags, soweit dieser noch nicht durch die erstandene Freiheitsstrafe getilgt ist, von der letzteren freizumachen.

X. Vgl. noch §§ 463 und 495 StrPrO. in Verbindung mit den §§ 644 ff. CPrO.

XI. Die Umwandlung von Freiheitsstrafen (wobei § 21 den Maßstab gibt) kann vorkommen in den Fällen der §§ 28 Abs. 3, 44, Abs. 4, 49, Abs. 2, 74, 157 Abs. 2, 158. Auch hier ist es nicht geboten, die Dauer der Zuchthausstrafe „nur nach vollen Monaten" (§ 19 Abs. 2) zu bestimmen.

§ 59. Strafbemessung beim Zusammentreffen von Verbrechen.

H. H. II S. 573; IV S. 225 (Merkel). Berner § 162. Schütze S. 189. H. Meyer S. 385. v. Liszt S. 159, 216. v. Wächter S. 280. Hälschner S. 653. Savigny De concursu delictorum formali 1800 (verm. Schr. IV S. 76). Schröter De concursu delictorum 1812. Sander N. A. 1836 S. 266. Trefurt eb. 1838 S. 423. Bauer Abhandl. II S. 1. v. Rotteck Ueber Concurrenz der Verbrechen 1840. Krug Ueber die Concurrenz der Verbrechen 1842. Ders. Abhandl. S. 132. Ders. Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen 1859. Ortloff G. A. 1855 S. 497. Schwarze Zur Lehre vom fortg. Verbr. 1857. v. Woringen Ueber den Begriff des fortg. Verbr. 1857. John G. A. 1855 S. 497. Ders. Die Lehre vom fortg. Verbr. und von der Verbrechensconcurrenz 1860. Kraushaar Gerichtsſ. 1860 S. 258. Dietz eb. S. 500. Geyer eb. 1861 S. 43. Berner Grundsätze S. 82. Geßler G. A. 1861 S. 73, 146, 297. Merkel Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen 1862. v. Buri Abhandl. S. 94. Stemann Gerichtsſ. 1872 S. 23. Fuchs eb. S. 359. Ortloff Strafrechtszeitung 1872 S. 199. Tippelskirch G. A. 1872 S. 171. Ortloff eb. 1873 S. 176. Pütter eb. 1874 S. 402. Schwarze eb. S. 14. Ortmann Gerichtsſ. 1874 S. 67. Haager eb. 1875 S. 93. Harseim eb. S. 466. Herbst G. A. 1876 S. 13. Olshausen Der Einfluß von Vorbestrafungen S. 32. Binding Normen I S. 108 Grundr. S. 144 (173). Rosenblatt Die Strafenconcurrenz 1879. v. Buri Beil. zum Gerichtsſ. 1879. v. Lilienthal Beitr. z. Lehre von den Coll S. 55. Thomsen Gerichtsſ. 1879 S. 35, 327. Hiller eb. 1880 S. 195. Geyer Rechtslex. II S. 506. Teichmann Gerichtsſ. 1880 S. 401. Thomsen Mag. f. d. d. R. I S. 1. Bischoff G. A. 1881 S. 140. Fuchs eb. S. 422. Habermaas Die ideale Concurrenz der

Delicte 1882. Löwenstein Die Verbrechensconcurrenz nach dem Reichsstrafgesetzbuch u. s. w. 1883. Schütze Zeitschr. III S. 48. v. Schwarze Gerichtss. 34 S. 575. Stenglein eb. 35 S. 24. Schütze eb. S. 263. Stenglein eb. S. 268.

I. Begriff des Zusammentreffens. Es sollte viel mehr auf das Zusammentreffen von Strafen, als auf das von Verbrechen Gewicht gelegt werden.

II. Historische Entwicklung des herrschenden und in der Hauptsache gesetzlich anerkannten Begriffs. Für das römische Recht s. l 9 C. de accus., l. 7 § 5 D. eod., l. 2 D. de priv. del., l. 6 § 2, u. l. 20 D. de furt., l. 5 D. de extraord. crim. u. s. w. — S. ferner PGO. Art. 161, 162 (für den Diebstahl).

III. An die Stelle der früheren Unterscheidung zwischen del. ejusdem und diversi generis tritt später die Eintheilung in ideale und reale Concurrenz in Folge einer äußerlichen, innerlich ganz unbegründeten Auffassung. So auch im geltenden Recht, welches sich durch die Principienlosigkeit seiner Bestimmungen über das Zusammentreffen unvortheilhaft auszeichnet. Absorption (§ 73), s. g. juristische Häufung (Cumulation) mit verschiedenen Modificationen (§§ 74, 75), einfache Häufung unter Ziehung einer höchsten Gränze, die dabei einzuhalten ist (§ 77 Abs. 2), oder in ganz unbeschränkter Weise (§ 78 Abs. 1) stehen nebeneinander! Dabei enthält der letztangeführte Paragraph einen inneren Widerspruch zwischen seinen beiden Absätzen, da der erste, wie erwähnt, schrankenlose Häufung anordnet, diese aber im Fall der Umwandlung nach dem zweiten Absatz einer sehr bedeutenden Einschränkung Platz machen muß.

Zu erinnern ist hier noch daran, daß eine Anzahl Concurrenzfälle im StrGB. zusammengesetzte oder qualificierte Verbrechen bilden, und dabei noch weit über die Strafenhäufung hinausgegangen ist. Die Strafe der tödtlichen Körperverletzung z. B. ist weit mehr als die Strafe der Körperverletzung addiert zu der Strafe für fahrlässige Tödtung.

IV. Zu unterscheiden sind von den Fällen des (wirklichen) Zusammentreffens von Verbrechen die Fälle bloßen scheinbaren Zusammentreffens (Scheinconcurrenz). Insbesondere ist hier zu untersuchen:

1. Das sog. fortgesetzte Verbrechen, eine wahre crux der Criminalisten, welche sie sich ohne Noth aufgeladen haben. Der

Begriff ist in keiner Weise so zu fassen, daß er nicht zu ganz ungerechten und verkehrten Entscheidungen führt. Das Reichsrecht nöthigt nicht zu der Annahme eines „fortgesetzten Verbrechens“. Man bedarf nicht der Fiction einer Fortsetzung um zu finden, daß die mehreren Schläge u. s. w. den Thatbestand des Vergehens der Körperverletzung erfüllen bez. durch den schwereren Erfolg zu einem Verbrechen im e. S. anwachsen. Andererseits ist es falsch, wiederholt mit derselben Person getriebene Unzucht als ein (fortgesetztes) Verbrechen zu erklären (wie es ein RGE. vom 10. Juni 1880 — II S. 53 thut). Es handelt sich nur darum, stets die Thatbestandsmerkmale der Verbrechensart, insbesondere Angriffsobject und Handlungsweise, genau ins Auge zu fassen. Ein RGE. vom 14. Jan. 1880 (I S. 227) erklärt, daß die Selbständigkeit der Handlungen davon abhängig sei, ob jede derselben die Begriffserfordernisse des betreffenden Thatbestandes abgeschlossen in sich vereinige. Daraus würde sich a contrario ergeben: daß, wenn mehrere gleichartige Handlungen vorliegen, die nicht die Begriffserfordernisse des betreffenden Thatbestands vollständig in sich vereinigen, Fortsetzung anzunehmen ist! Wären die Handlungen dagegen ungleichartig, so wäre überhaupt nichts Strafbares begangen. Man verirrt sich auf Abwege in dem Bemühen die rein thatsächliche Unterscheidung zwischen der einen Handlung („eine und dieselbe Handlung“), von welcher § 73 spricht, und den „mehreren selbständigen Handlungen“, welche § 74 voraussetzt, zu einer juristischen umzugestalten. „Handlung“ heißt eben nicht „strafbare Handlung“ und ist nichts weiter als (gewollte) Körperthätigkeit. Kann man aber eine Thätigkeit als Mittel zu mehreren Zwecken wollen und anwenden, so kann man dieß auch zu mehreren verbrecherischen Zwecken, und es erklärt sich sehr einfach, wie durch eine „Handlung“ mehrere Verbrechen begangen werden können.

„Die Einheit des Entschlusses und die Continuität des Handelns“ macht mit Bezug auf das strafbare Verbreiten von Druckschriften ein RGE. vom 10. Jan. 1882 (IV S. 29) zum Merkmal der einheitlichen Handlung (vgl. auch RGE. vom 21. Mai 1881 — E. IV S. 187 und vom 29. März 1882 — IV S. 287 vom 10. Dec. 1883 — V S. 766). Continuität „der Handlung“ liegt aber gerade in den Fällen nicht vor, für welche man vor Allem den Begriff der Fortsetzung geschaffen hat, und die Einheit

des Entschlusses d. h. der (einheitliche) Beschluß, das Verbrechen zu wiederholten Malen zu verüben, nimmt sich als Strafmilderungsgrund (denn darauf läuft die Annahme einer Fortsetzung hinaus) recht abenteuerlich aus.

Nicht zu verwechseln mit dem angeblich „fortgesetzten" Verbrechen sind die sog. fortdauernden Verbrechen, deren Thatbestand Aufrechterhaltung eines (rechtswidrigen) Zustandes ist, wie z. B. Verletzung des Personenstandes, Doppelehe (was die herrschende Ansicht mit Unrecht bestreitet), Freiheitsberaubung, Entführung. —

2. Die bloße Gesetzesconcurrenz ist zu unterscheiden von dem Zusammentreffen von Verbrechen. Das einthätige Zusammentreffen ist nicht etwa, wie Manche meinen, eine bloße Art der Gesetzesconcurrenz, eine Meinung, welche ebenfalls auf einer mangelhaften Auffassung des Unterschiedes von Handlung und Verbrechen beruht. Wenn dagegen eine Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen bloß in sich zu vereinigen scheint, liegt allerdings kein Zusammentreffen vor. Wann dieß der Fall ist, darüber entscheiden Grundsätze der Logik, deren Anwendung nicht selten sehr schwierig ist. Vor Allem gilt hier der Satz: lex specialis derogat generali. Jener Satz gilt selbst dann, wenn das besondere Gesetz milder ist als das allgemeine. Tödtung auf Verlangen des Getödteten (§ 216) kann nicht zugleich als Mord oder Todtschlag bestraft werden. — Vgl. Gewerbeordnung § 147 Abs. 2: „Enthält die Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze, so soll nicht außerdem noch eine Steuerstrafe erkannt werden; es ist aber darauf bei Zumessung der Strafe Rücksicht zu nehmen". Und § 148 Abs. 2: „In allen diesen Fällen bleibt die Strafe ausgeschlossen, wenn die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze enthält". — Dagegen Vereinszollgesetz § 158: „Treffen mit einer Contrebande oder Defraudation andere strafbare Handlungen zusammen, so kommt die für erstere bestimmte Strafe zugleich mit der für letztere vorgeschriebenen zur Anwendung". In demselben Sinn auch § 159 eb., Branntweinsteuergesetz § 67, Spielkartenstempelgesetz § 12 Abs. 2. [Andererseits z. B. Viehseuchengesetz § 67 (die Bestrafung nach demselben tritt ein, „sofern nicht nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen eine höhere Strafe ver-

wirkt ist".)] Ferner § 276 StrGB.: „Wer wissentlich schon einmal . . . . verwendetes Stempelpapier . . . . verwendet, wird, außer der Strafe, welche durch die Entziehung der Stempelsteuer begründet ist, mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft".

Der leitende Gesichtspunkt soll dabei sein, daß auch neben den Specialgesetzen noch andere Strafgesetze anwendbar sind, wenn in jenen der Fall nicht erschöpfend geregelt worden ist.

V. Der Gegensatz von besonderem und allgemeineren Strafgesetz prägt sich im Strafgesetzbuch häufig aus in dem Gegensatz von zusammengesetzten und einfachen Verbrechen. Raub und Erpressung sind zusammengesetzte Verbrechen, nicht aber Nothzucht, da das einfache Stuprum bei uns nicht strafbar ist. — Wieder in anderer Weise zeigt sich jener Gegensatz bei den qualificierten und privilegierten Unterarten der Verbrechen. Wird also das zusammengesetzte, qualificierte, privilegierte Verbrechen bestraft, so darf daneben nicht noch einmal das zu Grunde liegende einfache Verbrechen zur Strafe gezogen werden. Ne bis in idem! — Dieses ne bis in idem ist ferner maßgebend, wenn gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehung zu bestrafen ist (s. die §§ 150, 180, 260, 294, 302d, 361 Z. 6). Die einzelnen Handlungen, welche die Voraussetzung für die Feststellung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit bilden, schmelzen zu einem Verbrechen zusammen (einzeln genommen sind sie zum Theil gar nicht strafbar s. §§ 150, 361 Z. 6). —

VI. In ganz eigenthümlicher Weise hat die Concursordnung §§ 209, 210 des Vorhandenseins eines strafbaren Bankerutts von der einen Thatsache der Zahlungseinstellung oder Concurseröffnung abhängig gemacht, so daß, wenn sämmtliche in § 209 unter 1—4 bezw. in § 210 unter Z. 1—3 aufgeführte Handlungen begangen sind, doch immer nur eine strafbare Handlung vorliegt, s. RGE. vom 17. Nov. 1879, 20. April, 5. Juni und 3. Nov. 1880, vom 17. März 1882 und vom 22. Jan. 1883 (I S. 77 und 627, II S. 32, 438, IV S. 257, V S. 52). Darum kann auch betrüglicher und einfacher Bankbruch ideal zusammentreffen (s. die beiden letztangeführten Urtheile)!

VII. Die Vorschriften polizeilicher Art stehen an sich nicht in einem solchen Verhältniß zu den eigentlich strafrechtlichen, daß eine Bestrafung auf Grund der letzteren die Bestrafung der in

derselben Handlung liegenden (Polizei-) Uebertretung ausschlösse. Das Verbot, in Städten oder Dörfern übermäßig schnell zu fahren oder zu reiten (§ 366 Z. 2) oder ohne polizeiliche Erlaubniß an bewohnten Orten zu schießen (§ 367 Z. 8) ist nicht bloß zur Uebung im Gehorsam, sondern wegen der Gefährlichkeit, welche solche Handlungen im Allgemeinen haben, erlassen. Wird durch übermäßig schnelles Fahren oder durch unerlaubtes Schießen in einer Ortschaft ein Mensch getödtet, so liegt ideales Zusammentreffen vor. Die allgemeine Gefährlichkeit der Handlung hat dadurch nicht ihre Bedeutung verloren, daß ein Uebel in concreto auch wirklich eingetreten ist. Richtig RGE. vom 2. Juni 1881 (II S. 367) und vom 13. Oct. 1883 (V S. 604), nur sollte der erste Strafsenat die Uebertretung nicht als „rein formale That" und „äußerliche Handlung" bezeichnen.

§ 60. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über ideales Zusammentreffen.

I. Das Strafgesetzbuch hat den Fall des gleichartigen idealen Zusammentreffens nicht geregelt. Es entsteht also die Frage, ob hier die Analogie aus § 73 oder aus § 74 zu ziehen sei? S. RGE. vom 1. Juli 1880 (II S. 143). —

II. Die Bestimmung des § 73 führt zu der Unzukömmlichkeit, daß eine bloß in dem milderen der anwendbaren Strafgesetze angedrohte Nebenstrafe nicht ausgesprochen werden darf. S. RGE. vom 7. April 1881 und die Plenarentscheidung vom 17. April 1882 (III S. 203, IV S. 333), welche erklären, daß dem Beleidigten die Befugniß, die Verurtheilung öffentlich bekannt zu machen (§ 200), nicht zugesprochen werden kann, wenn mit der Beleidigung ein schwereres Verbrechen ideal zusammentrifft — ein sehr bedauerliches aber unanfechtbares Ergebniß der vom Gesetzgeber sanctionierten Absorptionsprincips. Vgl. auch RGE. v. 5. Jan. 82 (IV S. 19)! —

Uebrigens steht nichts im Wege, dem idealen Zusammentreffen die Bedeutung eines Straferhöhungsgrundes einzuräumen, da die Anwendung eines jeden (also hier des die schwerste Strafe drohenden) Strafgesetzes, sobald dieses Gesetz ein nur relativ bestimmtes ist, dem Richter die Befugniß zu Strafmehrung und Strafminderung ertheilt.

III. Da der § 73 ausschließliche Anwendung des härteren Strafgesetzes verlangt, und die Härte der Strafdrohung bei Gleichheit der Strafart durch das höchste Maß der angedrohten Strafe bestimmt ist, so ist der Richter nicht gehindert, bei Idealconcurrenz auf das niedrigere Minimum des härteren Strafgesetzes zu erkennen, so daß er auf eine niedrigere Strafe erkennen kann, als wenn das Verbrechen unter das mildere Strafgesetz allein zu subsumieren wäre (vgl. z. B. die §§ 173 und 177)! A. M. RGE. vom 3. März 1881 (III S. 104). —

Eine andere üble Folge des Absorptionsprincips ergibt sich, wenn man bedenkt, daß über die Schwere der Strafdrohung auch die angedrohte Strafart entscheidet, so daß geringe Gefängnißstrafe als poena major gegenüber der lebenslangen Festungshaft erscheint!

IV. In einem RGE. vom 17. Mai 1881 (III S. 307) ist ausgeführt, daß, wenn mehrere Verbrechen ideal zusammentreffen, der Richter ausdrücklich wegen aller dieser Verbrechen verurtheilen müsse, da nach § 263 StrPrO. die That nach allen sich darbietenden rechtlichen Gesichtspunkten der Prüfung des Richters unterliege und das Ergebniß derselben im Urtheil zum Ausdruck zu bringen sei. Das ist richtig. Wenn es dagegen ebendort S. 308 heißt: „daß die Schuldigerklärung, auch wenn sie eine besondere, von derjenigen, für das schwerere Vergehen äußerlich getrennte Strafe nicht zur Folge hat, deßhalb nicht einer Nichtbestrafung gleichsteht, sondern für die Frage des demnächstigen Rückfalls ihre praktische Bedeutung besitzt“, so steht dem entgegen, daß der Rückfall eine frühere Bestrafung voraussetzt und in dem Fall des § 73 die Bestrafung des leichteren der zusammentreffenden Verbrechen nicht erfolgt, man wollte denn in der Behandlung desselben, als eines Straferhöhungsgrundes, falls dieselbe aus der Urtheilsbegründung erhellen sollte, eine „Bestrafung“ erblicken.

§ 61. Die Bestimmungen unseres Rechts über das reale Zusammentreffen. Der § 79.

I. Begriff der Einsatzstrafe. Bildung der Gesammtstrafe.

Wenn im Absatz 3 des § 74 gesagt ist, daß das Maß der Gesammtstrafe zehnjähriges Gefängniß nicht übersteigen dürfe, so gilt dieß doch nicht bezugs der jugendlichen Verbrecher, da

§ 57 Z. 1 für diese als höchste Strafe fünfzehn Jahre Gefängniß festsetzt und insbesondere ist auch dann § 74 Abs. 3 nicht bindend, wenn nach § 57 Z. 3 Gefängniß an die Stelle von Zuchthaus tritt — vgl. Erk. des bayer. obersten G. H. vom 17. Febr. 1872 (Stenglein I S. 246). Der Abs. 3 § 74 bezieht sich offenbar nur auf die Gefängnißstrafen, die nach § 16 die Dauer von fünf Jahren nicht überschreiten dürfen.

II. § 76 Abs. 1 sagt: „Die Verurtheilung zu einer Gesammtstrafe schließt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht aus, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig ist". Es darf also namentlich mit einer Gesammtgefängnißstrafe nur dann die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden werden, wenn mindestens eine Einzelstrafe die Dauer von drei Monaten erreicht (s. RGE. vom 5. Febr. 1880 — I S. 321) und wenn auch die sonstigen Voraussetzungen des § 32 zutreffen. Unzweifelhaft ist es, daß die Dauer des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte auch, wenn eine Gesammtstrafe verhängt wird, nicht die in § 38 Abs. 2 gezogenen Gränzen überschreiten darf (s. RGE. vom 12. Mai 1882 — IV S. 479).

III. § 79 sagt: „Die Vorschriften der §§ 74—78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung begangen war".

Eine unzureichende Erweiterung des Begriffs der Realconcurrenz! Der Zeitpunkt der „Verurtheilung", ein bloß processuales Moment, hat hier keine Bedeutung, allein nach dem Gesetz werden alle Strafen für jene Verbrechen einfach gehäuft, zwischen deren Begehung eine Verurtheilung liegt.

Dabei erklärt das Reichsgericht als entscheidend nicht den Eintritt der Rechtskraft des ersten verurtheilenden Erkenntnisses, sondern die Verkündung desselben (10. Jan. 1881 — II S. 709). Wenn aber das frühere Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, so wird das Gericht zweckmäßigerweise nur die (wegen des weiter begangenen Verbrechens verwirkte) Einzelstrafe aussprechen und die nachträgliche Bildung einer Gesammtstrafe dem nach § 492 StrPrO. einzuleitenden Verfahren vorbehalten (RGE. vom 6. Juli 1881 — III S. 468, vgl. RGE. vom 4. Oct. 1881 — eb. S. 592). Allerdings kann der Richter jedoch auch in einem solchen Fall eine Gesammt-

strafe aussprechen, nur muß dann der Urtheilstenor so gefaßt werden, daß er auch für den Fall der Abänderung des früheren (noch nicht rechtskräftigen) Urtheils Bestimmung trifft — RGE. 31. Jan. 1882 (IV S. 102).

Für den Fall, als nach § 79 auf eine Gesammtstrafe zu erkennen ist, muß von dieser die schon erkannte Strafe des früher abgeurtheilten Verbrechens abgerechnet werden.*) Bei Bildung der Gesammtstrafe kann auch die Strafe des jetzt erst abzuurtheilenden Verbrechens die schwerste in Betracht kommende und darum Einsatzstrafe sein. Wenn die bereits früher erkannte Strafe eine Gesammtstrafe ist, so muß die nach § 79 auszusprechende Gesammtstrafe nicht in einer Erhöhung jener früheren Gesammtstrafe bestehen, sondern kann in derselben Höhe wie diese bestimmt werden (RGE. vom 13. Mai 1882 — IV S. 480). Dagegen kann, wenn die erste Strafe keine Gesammtstrafe ist, der Richter bei der späteren Verurtheilung von einer Erhöhung der ersten Strafe zu einer Gesammtstrafe nicht absehen.

S. noch das RGE. vom 20. Febr. 1883 (V S. 130), welches ausführt: Wenn gegen einen Angeklagten, der in Verbüßung einer Gefängnißstrafe begriffen ist, wegen eines vor der früheren Verurtheilung begangenen Verbrechens auf Zuchthausstrafe und somit zugleich auf eine Gesammtstrafe zu erkennen ist, so darf der Richter nicht auf eine Einzelstrafe erkennen und die Bildung einer Gesammtstrafe einer nachträglichen Entscheidung (s. § 492 StPrO.) überlassen, sondern muß die Gesammtstrafe in der Weise bestimmen, daß Umwandlung und Abrechnung der Strafe im Vollstreckungsverfahren zu erfolgen hat.

IV. Der § 79 hat eine Ergänzung gefunden in § 492 StPrO.: „Ist Jemand durch verschiedene rechtskräftige Urtheile zu Strafen verurtheilt worden und sind dabei die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesammtstrafe (§ 79 StrGB.) außer Betracht geblieben, so sind die erkannten Strafen durch eine nachträgliche

---

*) Und zwar kann das Gericht, ohne einen Uebergriff in das der Staatsanwaltschaft zustehende Vollstreckungsrecht zu thun, bei Verurtheilung zu einer Gesammtstrafe höherer Art (z. B. Zuchthaus) bestimmen, daß von dieser Gesammtstrafe die bereits zum Theil verbüßte Strafe niederer Art (z. B. Gefängniß), reduciert auf die entsprechende Dauer der schwereren Strafart, abzurechnen sei — RGE. v. 17. Mai 1883 (V S. 365).

gerichtliche Entscheidung auf eine Gesammtstrafe zurückzuführen". Welchem Gericht diese nachträgliche Entscheidung zusteht, bestimmt § 493 Abs. 3 StrPrO. (S. Geyer Lehrb. S. 896, 897).

Vgl. dazu namentlich die Worte in dem RGE. vom 27. Juli 1883 (V S. 525): „Nichts nöthigt zu der Annahme, daß die Strafproceßordnung das Gebiet der Anwendung des § 79 StrGB. habe einengen wollen. Insbesondere lassen Wortlaut und Motive des § 492 StrPrO. keinen Zweifel darüber, daß die Bestimmung des § 492 bloß für die Fälle habe Vorsorge treffen wollen, in welchen die Anwendung des § 79 StrGB. thatsächlich unterblieben ist, sei es, daß die frühere Verurtheilung nicht bekannt war oder außer Acht gelassen wurde....; welchen Fällen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts facultativ noch der Fall gleichsteht, in welchem zur Zeit der Aburtheilung das frühere Urtheil die Rechtskraft noch nicht beschritten hat und deßhalb aus Zweckmäßigkeitsgründen von Bildung einer Gesammtstrafe Umgang genommen ist".

§ 62. Strafausschließungsgründe. Allgemeines und 1. Der Tod des Verbrechers.

H. H. II S. 587 (Heinze). Berner § 166. Schütze S. 203. Meyer S. 402, 344. v. Liszt S. 219. v. Wächter S. 299. Hälschner S. 730. Binding S. 159 (179). — Ueber die Vererblichkeit der Geldstrafen insbesondere s. Zachariä N.A. 1853 S. 398. Geyer G. A. 1865 S. 161. Walther Gerichtss. 1867 S. 268. Lueder eb. 1877 S. 401. Stoos Zur Natur der Vermögensstrafen S. 14. Kronecker G. A. 1880 S. 20.

I. Unterschied zwischen Schuld- und Straf-Ausschließungsgründen (in unseren Gesetzen leider nicht festgehalten).

II. Besondere und allgemeine Strafausschließungsgründe. Zu den ersteren gehört (was schon früher besprochen ist): 1. Compensation bei Beleidigungen und leichten Körperverletzungen (§§ 199, 233). 2. Thätige Reue bei fahrlässigem Falscheid, Zweikampf und Brandstiftung (§§ 163 Abs. 2, 204, 209, 310). 3. Bei den Antragsfällen Fehlen des Antrags. Dieser letztgenannte Strafausschließungsgrund ist hier mit abzuhandeln, nicht bloß weil ihn das Strafgesetzbuch in seinem allgemeinen Theil behandelt und weil die Antragsfrist eine gewisse Verwandtschaft mit

der Verjährung der Strafverfolgung bietet, sondern wegen der Tragweite der Unterscheidung zwischen Official- und Antragsfällen, welche weder durch Behandlung der letzteren im Einzelnen (im besondern Theil), noch durch die bloß processuale Darstellung zu ihrem Recht kommen würde.

III. Von den Antragsfällen bez. dem Fehlen des Antrags als Strafausschließungsgrund (und im Zusammenhang damit von den Ermächtigungsfällen) wird also zuletzt die Rede sein. Außerdem sind zunächst als allgemeine Strafausschließungsgründe zu betrachten: 1. Der Tod des Verbrechers. 2. Die Verjährung. 3. Die Begnadigung. Ueber einen vierten allgemeinen Strafausschließungsgrund, der Rücktritt (bez. die Abwendung des Erfolgs) beim Versuch s. oben § 37 V, VI.

IV. Obwohl Ulpian in der l. 11 D. ad leg. Jul. maj. sagt: exstinguitur enim crimen mortalitate, so fügt er doch schon selber dort die Ausnahme hinzu: nisi forte quis majestatis reus fuit (perduellionis reus wie er dann erläutert), denn in solchem Fall nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur (vgl. § 5 J. de heredit., qua ab intest.). Ebenso beim peculatus l. 16 ad l. Jul. peculatus, bei haeresis l. 4 §§ 4—6 C. de haeret., bei repetundae l. 2 C. ad leg. Jul. repetund., bei desertio l. 4 C. de re milit. — S. überhaupt über römisches und mittelalterliches Recht Geib Lehrb. II S. 130.

IV. Heutzutage scheint sich der Satz von selbst zu verstehen, daß die Strafe nur über den Schuldigen verhängt werden dürfe. Unser Strafgesetzbuch weicht aber vom richtigen Grundsatz ab (zum Theil in Fortpflanzung eines alten Mißverständnisses der Stellen des römischen Rechts, welche von delicta privata und actiones populares sprechen, und si vivo reo accusatio mota est, die Privatklage auf die Erben übergehen lassen, s. l. 20 D. de accusat. l. 26, 33 D. de oblig. et act., § 1 J. de perp. et temp. act., l. un. C. ex del. defunct.). S. § 30 StrGB.

V. Das Wort „kann“ im § 30 ist nicht als bloße Ermächtigung aufzufassen, sondern es deutet „die Bedingung der rechtskräftigen Verurtheilung“ an (Goltdammer Materialien I S. 201). Diese Bedingung ist bindend auch für die Landesgesetzgebung, welche dagegen nicht gehindert ist, in den nicht durch Reichsrecht erfaßten Materien jede Vollstreckung in den Nachlaß zu verbieten.

VI. Nicht dem Tod gleichzustellen ist die unheilbare Geisteskrankheit, welche nach der That eingetreten ist. Geisteskrankheit bewirkt an sich nur einen Aufschub der Strafvollstreckung und da „rechtliche Feststellung" der Unheilbarkeit nicht thunlich ist (Hälschner S. 732)*) ist auch unheilbare Geisteskrankheit nur Grund zu einem bis zum Tod des Schuldigen sich perpetuierenden Aufschub. Unsere Strafproceßordnung bestimmt, daß an Geisteskranken Todes- und Freiheitsstrafe nicht vollstreckt werden darf (§§ 485, 487), woraus sich ergibt, daß die Vollstreckung der Geldstrafe durch Geisteskrankheit des Verurtheilten nicht gehemmt wird (s. Stooss a. a. O. S. 13. Olshausen S. 111. Hälschner S. 731 N. 2).

Vollstreckung der Einziehung und der Geldbuße wird durch den Tod des Schuldigen nicht gehindert.

§ 63. 2. Verjährung.

H. H. II S. 594 (Heinze). Berner § 167 (vgl. die 6. Aufl. § 145). Schütze S. 205. Meyer S. 405. v. Liszt S. 223. v. Wächter S. 302. Hälschner S. 693. Binding S. 160 (180). Thomasius De bigamiae praescriptione 1685, neue Aufl. 1749 (handelt nicht bloß von Doppelehe). Engau Kurze jurist. Betr. von der Verjährung in peinl. Fällen 6. Aufl. 1772. Gründler System. Entw. der Lehre von der Verjährung der peinl. Strafe 1796. Unterholzner Ausführl. Entw. der gesammten Verjährungslehre u. s. w. 1828 2. Aufl. 1858 II S. 413. Gründler N. A. 1836 S. 336. Hirzel Krit. Betracht. u. s. w. über Verj. der Strafen 1860. Schoch (unter dems. Titel) 1860. Dambach Beiträge zur Lehre von der Criminalverj. 1860 (Litteratur S. 125). Ders. G. A. 1861 S. 30. Abegg Ueber die Verj. rechtskräftig erkannter Strafen 1862. Schwarze Bemerkungen z. Lehre von der Verj. im Strafr. 1867. Kill Gerichtss. 1868 S. 336. Pulvermacher G. A. 1870 S. 145, 301, 384. Arndt eb. S. 740. Ortmann Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. XI S. 223. Geyer im Rechtslex. III S. 1041. Hoorebeke Traité des prescriptions en mat. pénale 1847. Cousturier Tr. de la prescr.

---

*) In diesem Sinn erledigt sich auch der Zweifel, welchen Kornfeld Handb. der gerichtl. Medicin S. 433 (gegen Fuchs) äußert.

en mat. crim. 1847. Brun de Villeret Tr. théorique et pratique de la prescr. en mat. crim. 1863. Marquet De la prescr. en mat. crim. 1867.

a) Im Allgemeinen.

I. Begriff der Verjährung und der beiden Arten derselben. Allgemeine Begründung.

II. Geschichtliches. Die Verjährung der Strafvollstreckung ist erst durch den französischen Code pénal vom 6. Oct. 1791 in die Strafgesetzgebung eingeführt. S. dort P. I T. VII art. III: Aucun jugement de condamnation, rendu par un tribunal criminel, ne pourra être mis à exécution, quant à la peine, après un lapse de vingt années révolues, à compter du jour où ledit jugement aura été rendu. S. ferner C. d'Instr. crim. a. 635 ff. In Deutschland fand die Verjährung der Strafvollstreckung (oder des Strafurtheils) zuerst Eingang durch das sächs. Criminalgesetzbuch von 1838 (in Bayern 1861); das preuß. StrGB. (§ 49) dagegen erklärt ausdrücklich, daß rechtskräftig erkannte Strafen nicht verjähren.

§ 64. b) Das geltende Recht.

I. Im § 67 StrGB. ist nichts über die Strafverfolgungsverjährung betreffs jener Verbrechen gesagt, die mit lebenslanger Festungshaft (oder mit lebenslangem Gefängniß, vgl. Mil. StrGB. §§ 16, 17) bedroht sind. Da die Verjährungsfrist von zwanzig Jahren nur bei todeswürdigen oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen gilt, so darf man diese strengere Bestimmung nicht analog für unsere Fälle anwenden (a. M. Binding S. 161 bez. 182), während der Wortlaut: „wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von länger als zehnjähriger Dauer bedroht sind" sogar unmittelbar anwendbar ist; die Verjährungsfrist beträgt für jene Verbrechen also fünfzehn Jahre.

II. Zu den „anderen Vergehen", welche in drei Jahren verjähren, gehören alle bloß mit Geldstrafe bedrohten Vergehen, wenn auch die eventuell bei einer Strafverwandlung eintretende Gefängnißstrafe mehr als drei Monate betragen würde — RGE. vom 27. Januar 1880 (I S. 280).

III. Die Klagverjährungsfrist richtet sich nach der höchsten Strafe in thesi (der angedrohten nicht der verwirkten Strafe). Es kommen dabei weder die „mildernden Umstände" noch der „subjective" Milderungsumstand der Jugend in Betracht (s. über den letzteren ein RGE. vom 22. Nov. 1880 II S. 547). Man beachte da auch wohl die Ausdrucksweise im § 57 (z. B. Z. 1: ist die Handlung mit dem Tode u. s. w. bedroht, so ist auf . . . . zu erkennen). Richtig betreffs der Jugend v. Schwarze Comm. S. 285, welcher dagegen bezugs der „mildernden Umstände" anders entscheidet. Er meint, wenn einmal die Untersuchung eingeleitet sei, so könne nur der Richter darüber entscheiden, welche Strafe die verwirkte sei „und nur diese kann Gegenstand der Verjährung sein (gegen seine Ansicht über den Milderungsgrund der Jugend und gegen den klaren Wortlaut des § 67!); nur sie war auch solchenfalls die angedrohte Strafe." Dagegen gilt allerdings für Versuch und Beihülfe in Folge des § 44 Abs. 2 dann die Verjährungsfrist von 15 Jahren, wenn für das vollendete Verbrechen bezw. die Thäterschaft die Frist von zwanzig Jahren maßgebend ist (s. die §§ 81, 87, 88, 90, 94, 211; anders nach § 80).

Besondere Bestimmungen über Verjährung der Strafverfolgung enthalten: Nachdrucksgesetz §§ 33—38, 43, 45 (und die §§ 16, 9, bezw. 14 der Schutzgesetze vom 9., 10. und 11. Jan. 1876) — betreffs der Frist sachlich dem Abs. 2 unseres § 67 entsprechend —, ferner § 7 EG. zum StrGB. („vom 1. Jan. 1872 [1871] ab verjähren Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Entrichtung der Branntweinsteuer, der Biersteuer und der Postgefälle in drei Jahren"); Wechselstempelsteuergesetz § 17, Gewerbeordnung § 145, Vereinszollgesetz § 164, Brausteuergesetz § 40, Seemannsordnung § 100, Militärstrafgesetzb. § 76, Preßgesetz § 22*), Spielkartenstempelgesetz § 20, Patentgesetz § 38, Tabakssteuergesetz § 45.

IV. Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, sie endet also mit dem Beginne des dem Anfang der Verjährung entsprechenden Kalendertages oder genauer gesagt mit dem Ende des vorhergehenden Tags. (Ab-

*) Die Grundsätze der §§ 66, 67 Abs. 4, 68 StrGB. gelten auch für Preßvergehen — RGBeschluß v. 24. März 1881 (E. IV S. 216).

weichend davon lassen die Verjährung nicht „mit“, sondern von dem Tage der Begehung beginnen Wechselstempelsteuergesetz § 17, Gewerbeordnung § 145, Vereinszollgesetz § 164, Brausteuergesetz § 40. Dies ist jedenfalls rationeller als die Vorschrift des StrGB.

V. Die Verjährung beginnt „ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolgs“. Eine Bestimmung, die Alles auf den Kopf stellt. Es beginnt also jede Versuchshandlung mit dem Tage, an welchem sie begangen wird, zu verjähren; an Stelle dieser Verjährung tritt eine neue, wenn an einem späteren Tag eine weitere Versuchshandlung vorgenommen wird. Sobald der Thäter seine Thätigkeit abgeschlossen hat, soll nun ohne Rücksicht auf den Erfolg die Verjährung laufen. Aber wie denn, wenn mit diesem Abschluß der Thätigkeit bloß ein Versuch gegeben ist, für welchen (vgl. oben Z. 4) die Verjährungsfrist fünfzehn Jahre beträgt und wenn später die Vollendung eintritt (z. B. der mit Tödtungsabsicht Verwundete stirbt), nun also ein Verbrechen vorliegt, welches erst nach zwanzig Jahren verjährt? Oder wie dann, wenn zunächst in dem Augenblick, da jemand einem Anderen einen Schlag versetzt, nur ein Vergehen der Körperverletzung vorliegt, welches sich aber später durch die schweren Folgen, die es nach sich zieht, zum Verbrechen im e. S. entwickelt?? — Es läßt sich denken, daß der Erfolg erst nach Ablauf der Verjährungsfrist für die „Handlung“ eintritt! —

Soll von Verjährung die Rede sein, so muß aber die „Handlung“, die verjährt, eine strafbare (ein Verbrechen) sein. Darum beginnt Beihülfe und Anstiftung erst zu verjähren, wenn der Thäter mindestens eine strafbare Versuchshandlung begangen hat da Anstiftung und Beihülfe (abgesehen natürlich von § 49 a und anderen Sonderbestimmungen) an sich nicht strafbar sind, sondern erst strafbar werden, wenn der Thäter (ihrem Willen entsprechend) etwas Strafbares gethan hat. Richtig RGE. vom 30. Dec. 1881 (E. V S. 282).

VI. Verbrechen, die durch Unterlassung begangen werden (delicta per omissionem commissa) verjähren, genau genommen, von der Zeit an, in welcher die „concludente“ Unterlassung stattfand. Wegen der Schwierigkeiten, die sich hier der Feststellung bieten, läßt man gewöhnlich den Eintritt des Erfolgs über den Beginn der Verjährung entscheiden.

Unterlassungsverbrechen im e. S. (delicta omissionis) sind erst dann Verbrechen, wenn die vom Gesetz (direct oder indirect) gegebene Frist zum Handeln abgelaufen ist, sie können also auch nicht früher verjähren. So z. B. RGE. vom 16. Sept. 1880 (II S. 212) betreffs der Verletzung der Wehrpflicht. Vgl. RGE. vom 4. Juni 1883 (V S. 396) und betr. § 138 Gewerbeord. RGE. vom 21. Dez. 1883 (V S. 801).

VII. Bei sog. fortgesetzter, insbesondere auch bei gewohnheits- oder gewerbsmäßiger verbrecherischer Thätigkeit beginnt die Verjährung mit der Beendigung oder dem gänzlichen Aufgeben dieser Thätigkeit — RGE. vom 11. Febr. 1880 (A. I S. 341). Vgl. den Ausspruch in einem RGE. vom 4. Juni 1883 (V S. 398): Daß ein einheitliches Vergehen, welches sich über einen längeren Zeitraum hin erstrecke, wenn auch schon früher vollendet, erst mit dem Ende der Einzelhandlungen verjähre und ebenso die Verjährung für ein Gewohnheitsvergehen erst mit dem Aufgeben der Gewohnheit, für einen Gewerbsbetrieb (sic!) nicht vor dessen Aufhören beginne. Das Reichsgericht ist damit der herrschenden Ansicht beigetreten. Eigentlich ist es der (verkehrten) vom Gesetzgeber getheilten Anschauung, daß der Erfolg der Thätigkeit für den Beginn der Verjährung nicht in Betracht komme, entsprechend, schon mit jedem einzelnen strafbaren Act der gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Thätigkeit eine Verjährung beginnen zu lassen. Vollends ganz unrichtig ist es, bei den sog. „fortgesetzten Verbrechen" die früheren in sich als (versuchte oder vollendete) Verbrechen abgeschlossenen Thätigkeiten erst von der Zeit der Begehung eines späteren Verbrechens verjähren zu lassen, bloß weil man fingiert, daß das letztere und das früher begangene Verbrechen zusammen ein „fortgesetztes" Verbrechen bilden. In merkwürdiger Weise schwankt das Reichsgericht in einem Erk. vom 29. Nov. 1883 zwischen Fiction und Wirklichkeit hin und her, wenn es (V S. 742) ausspricht, daß im Fall des fortgesetzten Verbrechens die Verjährung „erst mit dem Aufhören der zu einem bestimmten strafgesetzlich verbotenen Erfolge entfalteten Thätigkeit des Schuldigen" beginne und dann fortfährt: „Da hier die verschiedenen Thätigkeitsacte schon für sich vollendete Delicte sind, so beginnt mit jedem derselben an sich eine neue Verjährungszeit und es fragt sich dann, ob

nicht ungeachtet dieser ihrer Eigenschaft die mehreren Thätigkeitsacte als ein fortgesetztes Delict behandelt werden dürfen".

Fortdauernde Verbrechen können natürlich nicht verjähren, so lange ihre Begehung fortdauert. Ein fortdauerndes Verbrechen liegt z. B. auch vor, so lange ein uneheliches Kind als eheliches ausgegeben wird, während das obenerwähnte RGE. vom 29. Nov. 1883 (V S. 740) fälschlich ein „fortgesetztes" Verbrechen annimmt. Da auch die Doppelehe ein fortdauerndes Verbrechen ist, so sagt eigentlich der 3. Abs. des § 171 („Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage, an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist") etwas Ueberflüssiges. (Eine besondere Bestimmung für den Beginn der Verjährung bei der Fahnenflucht s. § 76 Mil. StrGB.). — Bezugs der Unterlassungsverbrechen, welche fortdauernde Verbrechen sind, beginnt, sofern das „rechtliche Interesse, dem durch die gebotene Handlung gedient werden soll, nicht ein nur momentanes, sondern längere Zeit fortdauerndes ist" (v. Schwarze, Hälschner), die Verjährung nicht, so lange das pflichtwidrige Unterlassen dauert. — Vgl. RGE. v. 2. Nov. 1883 (V S. 664)! Fortdauer einer Uebertretung liegt z. B. vor, solange ein feuergefährlicher Bau in diesem Zustande bleibt (RGE. vom 5. März 1881 — III S. 117). S. dagegen RGE. vom 14. Febr. 1881 (III S. 45).

VIII. Daß die Verbrechensverjährung unterbrochen werden kann, ist im Einklang mit der herrschenden ganz haltlosen Ansicht bestimmt im § 68, welcher zu ergänzen ist durch § 453 Abs. 4 und § 459 Abs. 3 StrPrO. Hiernach wirkt die polizeiliche Strafverfügung und deßgleichen der Strafbescheid der Verwaltungsbehörde betreffs der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung.

Bloß eine Handlung des Richters, die gegen eine (bestimmte) Person gerichtet ist, unterbricht nach § 68 die Verjährung, also nicht eine gerichtliche Verfügung, deren Zweck objective Thatfeststellung oder Erforschung des noch unbekannten Thäters ist — RGE. vom 27. April 1882 (IV S. 398). Daher wird die Verjährung auch nicht unterbrochen, wenn eine Person als Zeuge in einer Strafsache vorgeladen, sich bei der Vernehmung als der That schuldig bekennt und deßhalb nicht beeidigt wird — RGE. vom 24. Nov. 1879 (I S. 94). Nicht unterbrochen wird die Ver-

jährung in Antragsfällen durch richterliche Handlungen, welche vor Stellung des Antrags vorgenommen wurden — RGE. vom 13. Febr. 1882 (E. VI S. 37). (Dem steht gewiß auch nicht die Bestimmung der StrPrO. § 127 Abs. 3 über die vorläufige Festnahme entgegen.)

Mit dem Aufhören der Thätigkeit des Richters beginnt eine neue Verjährung. Es beginnt also z. B. die Verjährung mit dem Tage der Anberaumung eines Termins zur Hauptverhandlung von Neuem und kann vor Beginn der Hauptverhandlung abgelaufen sein — RGE. vom 25. Mai 1883 (V S. 385).

Besondere Bestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung: Wechselstempelsteuergesetz § 17, Nachdrucksgesetz §§ 38, 43, 45 (gültig auch für die Schutzgesetze vom 9., 10., 11. Jan. 1876), Ges. betr. die Reichsstempelabgaben vom 1. Juli 1881 § 24.

IX. Der § 69, der nicht durch analoge Anwendung ausgedehnt werden darf, setzt eine Vorfrage voraus, welche nach Vorschrift der Gesetze nothwendig entschieden sein muß, bevor die Strafverfolgung begonnen oder fortgesetzt werden kann, weil, wie sich die Motive ausdrücken, erst durch die Erledigung der Vorfrage diejenige Grundlage gewonnen wird, auf welcher die Untersuchung fortgesetzt werden kann — RGE. vom 25. Mai 1882 (E. VI S. 381). Vgl. dazu § 261 StrPrO. und Geyer Lehrb. S. 480. — Hierher gehören die Fälle StrGB. §§ 164, 170, 172, 191, 237, 238.

Wird jemand wegen Verletzung eines Patentes angeklagt, so muß ihm auf Verlangen, wenn er das Patent vor dem Reichspatentamt als nichtig anfechten will, eine Frist zur Anstellung der Nichtigkeitsklage gegeben werden (wenn der Antrag nicht offenbar zur Verschleppung der Sache gestellt ist) und die Vorfrage der Nichtigkeit kann nur vom Patentamt (vorbehaltlich der Berufung an das Reichsgericht) entschieden werden — (RGE. vom 24. Oct. 1882 (IV S. 763).

X. Nach § 70 Z. 4 verjährt Festungshaft oder Gefängniß von zwei Jahren in zehn Jahren, nach Z. 5 eb. in fünf Jahren. Bei solchem Redactionsversehen muß die mildere Satzung angewandt werden.

Für den Verweis, den § 70 nicht erwähnt, gilt die Verjährungsfrist von zwei Jahren.

Ueber die Aberkennung bürgerlicher Ehrenrechte u. s. w. vgl. § 36 (die Zeitdauer wird von dem Tag berechnet, an dem die Freiheitsstrafe .... verjährt .... ist).

Eine Gesammtstrafe ist für die Strafenverjährung als ein Ganzes zu betrachten, so daß jede der Einzelstrafen in jedem Moment der Strafverbüßung mit verbüßt wird, was besonders für die Rückfallsverjährung wichtig ist — (vgl. Entsch. des pr. Obertribunal. vom 17. Juli 1861 (G. A. 1861 S. 704) u. vom 16. Sept. 1863 (eb. 1863 S. 771). Dieß gilt nicht von Geldstrafen, da sie nie zu einer Gesammtstrafe zusammenzuziehen sind (§ 78); jede derselben verjährt also stets selbständig.

Sind mehrere Strafen nacheinander zu verbüßen (vgl. § 75 Abs. 1, § 77 Abs. 1), so beginnt die Strafverjährung für die später zu verbüßende Strafe, sobald die frühere Strafe verbüßt ist.

Die Verjährungsfrist hängt von der Strafe ab, auf welche „erkannt ist". Daher wird sie weder durch Anrechnung der im Ausland vollzogenen Strafe (§ 7) oder der Untersuchungshaft (§ 60), noch durch theilweise Begnadigung beeinflußt.

XI. „Die Behörde, welcher die Vollstreckung obliegt" (§ 72), ist Staatsanwaltschaft oder Amtsrichter (§ 489 StrPrO.). Es versteht sich, daß die Handlung der von den Vollstreckungsbehörden beauftragten Personen oder ersuchten Behörden ebenfalls die Verjährung unterbreche.

Einzelne Vollstreckungshandlungen s. StrPrO. §§ 485, 489, 495. Auch Bewilligung einer Zahlungsfrist für eine Geldstrafe oder sonstige Bewilligung eines Strafaufschubs (§ 488 StrPrO.) ist eine Vollstreckungshandlung, sofern sie zugleich verfügt, wie lange die Frist bez. der Aufschub währen solle.

Die nach der Unterbrechung der Vollstreckung beginnende neue Verjährung richtet sich nach den Vorschriften für die ursprüngliche Verjährung. Es gilt für sie die nämliche Verjährungsfrist, auch wenn vorher bereits theilweise Strafvollstreckung erfolgt ist; die neu begonnene Verjährung kann in gleicher Weise wie die frühere unterbrochen werden.

Ein Ruhen der Vollstreckungsverjährung gibt es nach dem Strafgesetzbuch nicht. Die Verjährung läuft also auch dann fort, wenn die Vollstreckung gesetzlich unzulässig ist (vgl. § 485 StrPrO. betreffs der Todesstrafe, § 487 Abs. 1 und 2 eb. betreffs der Freiheitsstrafe).

§ 65. 3. Begnadigung.

H. H. II S. 629 (Heinze). Berner § 177. Schütze S. 213. Meyer S. 412. v. Liszt S. 221. v. Wächter S. 300. Hälschner S. 723. Binding S. 167 (188). Buma De jure gratiae 1823. Herrmann De abolitionibus criminum 1834. Vollgraff Vermischte Abhandl. II S. 3. Plochmann Das Begnadigungsrecht 1844. Zirkler in Weiskes Rechtslex. I S. 791. Mittermaier Vier Abhandl. 1849 S. 7. Lueder Das Souveränetätsrecht der Begnadigung 1860. v. Arnold Ueber Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechts 1860. v. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht, Politik II S. 634. Abegg Krit. VJSchr III S. 321, 529, IV S. 349. Vassalli Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht 1867. Wahlberg Ges. kl. Schr. II S. 122. Heinze Strafprocess. Erörterungen 1875 S. 121. Ders. Staatsrechtl. u. strafrechtl. Erört. 1870 S. 70, 110. Geyer im Rechtslex. I S. 254. Löwe Comm. zur Strafproceßordnung, allg. Bemerkungen zum zweiten Titel des Gerichtsverfassungsg. Gysin Das Begnadigungsrecht in der Schweiz u. s. w. 1881. Löb Das Begnadigungsrecht. Eine reichsrechtl. Studie 1881.

I. Begriff der Begnadigung. Sie steht zur lex als ein wahres privilegium im Gegensatz, soll aber nicht im Widerspruch mit der Gerechtigkeit gehandhabt werden. Vielmehr ist sie die von der Gerechtigkeit geforderte Ergänzung des Gesetzesrechts. — Sie ist Souveränetätsrecht, allein es kann eine Delegation stattfinden und diese findet in weitem Umfang statt.

II. Eintheilungen. 1. Begnadigung im e. S. und zwar gänzliche oder theilweise Begnadigung. Insbesondere Restitution oder Rehabilitation. 2. Allgemeine Begnadigung oder Amnestie. 3. Niederschlagung des Verfahrens (Abolition).

III. Dem Kaiser steht das Begnadigungsrecht zu:

1. Nach § 484 StrPrO. in Sachen, in welchen das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hat (vgl. GVG. § 136 Z. 1). — Der Kaiser hat also nicht das Recht der Abolition. Vgl. auch § 485 StrPrO. betreffs der Vollstreckung der Todesstrafe. Der § 484 gibt dem Kaiser allein das Begnadigungsrecht, und es ist nicht etwa wie v. Schwarze (Comm. zur StrPrO. S. 604) meint, das Abolitionsrecht den Landesherren verblieben. Diese können

nur betreffs einer Strafsache, die kraft des Zusammenhangs vor das Reichsgericht gezogen werden könnte, von ihrem Niederschlagungsrecht Gebrauch machen (Löb).

2. Nach dem Ges. betr. die Consulargerichtsbarkeit § 42 in Strafsachen, in welchen der Consul oder das Consulargericht in erster Instanz erkannt hat. Hier ist also ebenfalls das Recht der Abolition ausgeschlossen.

3. Nach § 3 Abs. 1 des Ges. betr. die Vereinigung von Elsaß und Lothringen mit dem deutschen Reiche vom 9. Juni 1871, welcher lautet: „Die Staatsgewalt in Elsaß und Lothringen übt der Kaiser aus".

IV. Im Uebrigen steht das Begnadigungsrecht den Landesherren und den Senaten der freien Hansestädte zu, und zwar jedem dieser Inhaber des Begnadigungsrechts nur bezugs jener Strafsachen, welche in dem betreffenden Staat abgeurtheilt sind oder, soweit Niederschlagung des Verfahrens zulässig ist, nach dem geltenden Strafproceßrecht abgeurtheilt werden könnten. Sind in dem letzteren Fall Gerichte mehrerer Staaten zuständig, so läßt allerdings die in einem Staat erfolgte Abolition das Strafverfolgungsrecht des anderen Staats unberührt.

Vgl. den Vertrag zwischen dem nordd. Bunde, Bayern, Württemberg, Baden und Hessen, die Fortdauer des Zollvereins betr. vom 8. Juli 1867 A. 18: „Das Begnadigungs- und Strafverwandlungsrecht bleibt jedem Vereinsstaate in seinem Gebiete vorbehalten". Ges. betr. die Sicherung der Zollvereinsgränze vom 1. Juli 1869 A. 15: „Das Begnadigungs- und Strafmilderungsrecht verbleibt dem Staate, von dessen Behörden die Strafe erkannt ist".*)

V. Das Recht zur Niederschlagung des Verfahrens ist in mehreren deutschen Ländern eingeschränkt oder ganz beseitigt. S. die preuß. Verfassungsurkunde vom 31. Jan. 1850 A. 49 Abs. 3:

---

*) Man vgl. auch den § 18 des Zollkartells mit Oesterreich-Ungarn (RGBl. 1881 S. 138): „Das Recht zum Erlasse und zur Milderung der Strafen, zu welchen der Angeschuldigte .... verurtheilt wurde oder sich freiwillig erboten hat, steht dem Staate zu, bei dessen Gerichte die Verurtheilung oder Erbietung erfolgt. Es soll jedoch vor derartigen Straferlassen oder Strafmilderungen der zuständigen Behörde des Staats, dessen Gesetze übertreten waren, Gelegenheit gegeben werden, sich darüber zu äußern".

„Der König kann bereits eingeleitete Untersuchungen nur auf Grund eines besonderen Gesetzes niederschlagen". Nach der württemb. Verfassungsurk. von 1818 A. 205 ist die Niederschlagung nur auf vorgängige Befürwortung des Justizministers gestattet, nach der braunschweig. Neuen Landschaftsordnung von 1832 nur nach eingeholtem Gutachten des Oberappellationsgerichts (Oberlandesgerichts). Ausdrücklich gestattet ist sie nach der sächs. V. U. von 1831 § 52, beseitigt durch die Bayr. V. U. vom 26. Mai 1818 T. VIII § 4 und durch die badische V. U. vom 22. Aug. 1818 § 15. Große Bedenken stehen der Niederschlagung noch mehr als sonst in Antragsfällen namentlich dann entgegen, wenn durch sie indirect ein Urtheil über die Ehrenhaftigkeit des Antragsberechtigten gefällt wird.

VI. Interessant ein RGE. vom 7. Febr. 1880 (A. I S. 338), nach welchem die Grundsätze des § 29 StrGB. über Strafverwandlung auch für den Fall maßgebend sind, daß in Preußen die Verwandlung einer Freiheits- in Geldstrafe durch einen Gnadenact des Justizministeriums erfolgt. Da nach § 590 der preuß. Criminalordnung von 1805 dem Inculpaten das Rechtsmittel „vorbehalten" ist, so ist in einem solchen Fall die Bemessung der Geldstrafe nicht einem völlig freien Ermessen anheimgegeben.

VII. Nach § 245 StrGB. liegt Rückfall auch vor, wenn die früheren Strafen ganz oder theilweise erlassen sind. — Nach § 5 Z. 2 bleibt im Falle des § 4 Z. 3 die Verfolgung ausgeschlossen, wenn die Strafe im Ausland erlassen ist.

§ 66. 4. Wegfall des Antrags.

H. H. IV S. 237 (Dochow). Berner § 172. Schütze S. 167. Meyer S. 360. v. Liszt S. 125. v. Wächter S. 25, 68, 262. Hälschner S. 704. Binding S. 51 (91). Trummer Criminalist. Beitr. III 2 S. 251. Godefroi De iis delictis quae non nisi ad laesorum querelam vindicantur 1837. Mittermaier N. A. 1838 S. 609. Zachariä eb. 1845 S. 566, 1847 S. 390. Köstlin System S. 513. v. Tippelskirch Gerichtss. 1859 S. 183, 241. Geßler eb. 1866 S. 83. Marcinowski G. A. 1863 S. 168. Koch eb. 1871 S. 161, 728. Hälschner eb. S. 366. Spinola eb. S. 378. v. Bar eb. S. 641, 713. Lehmann eb. S. 737. Tessendorf eb. 1873 S. 332. Meves Straf-

rechtsz. 1872 S. 113. Fuchs Anklage und Antragsdelicte 1873. Binding Die Normen I S. 89. Reber Zur Lehre von den Antragsdelicten 1873 (dazu Krit. VJSchr. XVI S. 373). Nessel Die Antragsberechtigungen des deutschen Strafgesetzbuchs 1873. Schwarze Gerichtss. 1873 S. 169, 1874 S. 497. Geyer eb. S. 275 und Grünhuts Zeitschr. II S. 378. Verhandl. des zwölften deutschen Juristentages I S. 193. (Thomsen), S. 223 (John). Meves Die Strafgesetznovelle S. 100. v. Kirchenheim Die rechtliche Natur der Antragsdelicte 1878. Hergenhahn Das Antragsrecht im deutschen Strafrecht 1878. Medem Gerichtss. 1877 S. 501, 563. Samuely eb. 1880 S. 1. Bolze eb. S. 433. Fuchs im Rechtslex. I S. 123. Lehmann Zur Lehre vom Strafantrage, insbesondere die Sätze (!) des § 61 StrGB. 1881. Herzog Gerichtss. 1881 S. 389. Holzapfel G. A. 1882 S. 428.

I. Begriff der Antragsfälle. Rücksichten, welche den Staat nöthigen, zu dieser „Zwittergestaltung“ zu greifen. 1. Die Gerechtigkeit selber fordert, daß man dem durch ein Uebel Betroffenen nicht durch Strafverfolgung des Uebelthäters ein vielleicht größeres Uebel zufüge als er erlitten hat, falls nicht die Bedeutung der Uebelthat eine weit über die Verletzung des zunächst Betroffenen hinausreichende ist. 2. In gewissen Fällen kommt es überhaupt darauf an, daß derjenige, gegen welchen sich die That richtet, diese auch als ein Uebel fühlt. Hierin steckt z. B. eine der Schwierigkeiten, welche sich der strafrechtlichen Behandlung der Beleidigung entgegenstellen. 3. Auch der vielangerufene Satz: minima non curat praetor spielt bei der Schaffung von Antragsfällen eine Rolle. 4. Rücksichten auf die Familie. —

Wohlberechtigt ist eine Scheidung zwischen solchen Fällen, in welchen eine Handlung nur auf Antrag und solchen, deren Bestrafung nur auf Privatanklage verfolgt wird. Allein dieselbe ist weder im österreichischen Entwurf noch in unserem deutschen Recht (s. StrPrO. Buch 5 Abschnitt 1) auch nur einigermaßen gelungen durchgeführt.

Verfehlt ist die neuerdings immer mehr hervortretende Tendenz, das Antragserforderniß blos als processualische Norm aufzufassen, während die Begründung für die Schaffung von Antragsfällen nur in materiell-rechtlichen Erwägungen gefunden werden darf. „Voraussetzung für die Strafverfolgung“ ist allerdings in

Antragsfällen der Antrag, aber überhaupt und ganz allgemein ist die Voraussetzung für die Strafverfolgung, daß ein Verbrechen einer der Strafgerichtsbarkeit des Staats unterworfenen Person, daß weder ein Schuld- noch ein Strafausschließungsgrund vorliegt, und so könnte man zuletzt nicht blos wie das französische Recht die Verjährung, sondern das ganze Strafrecht für (materielles) Strafproceßrecht erklären. Vgl. auch Franck G.A. 1872 S. 36.

II. Geschichtliche Entwicklung. Die PGO. kennt als Antragsfälle Entführung (A. 118), Nothzucht (A. 119), Ehebruch (A. 120) und Familiendiebstahl (A. 165). Außerdem war nach gemeinem Recht die injuria „Privatdelict". In unserem Jahrhundert trat eine bedeutende, zum Theil eine übergroße Vermehrung der Antragsfälle ein. Das Reichsstrafgesetzbuch kannte ursprünglich 32 bezw. 34 solche Fälle (darunter sieben Verbrechen im e. S.). Die Novelle von 1876 hat die Zahl auf 26 zurückgeführt und außerdem verschiedene Beschränkungen, besonders betreffs der Zurücknahme des Antrags angebracht. Bedauerlich ist dabei am meisten die Streichung des nicht blos historisch wohlbegründeten Antragserfordernisses bei der Nothzucht und die Beibehaltung desselben bei der leichten dolosen Körperverletzung unter Aussonderung einer „gefährlichen" leichten Körperverletzung (§ 223a), deren Thatbestand zum Theil in bedenklicher Weise bestimmt worden ist. Beseitigt ist das Antragserforderniß, außer bei Nothzucht (§ 177), auch bei den schweren Unzuchtsverbrechen des § 177, bei Nöthigung (§ 240), Bedrohung (§ 241), unberechtigtem Fischen und Krebsen (§§ 296, 370 Z. 4) — bezugs der letzten beiden Fälle wohl auch eine fragwürdige Verbesserung.

Während ferner nach der ursprünglichen Fassung des § 64 die Zurücknahme des Antrags in der Regel bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urtheils zulässig war, ist diese Zurücknahme jetzt „nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen" zulässig (vgl. die §§ 102—104, 194, 232 Abs. 2, 247 Abs. 1, 263 Abs. 4, 292 Abs. 2, 303 Abs. 4, 370 Z. 5 und 6).

Betreffs des Diebstahls, der Unterschlagung und des Betrugs ist durch die neue Formulierung von § 247 Abs. 1 u. § 263 Abs. 4 ebenfalls eine bedeutende Beschränkung der Antragsfälle bewirkt. Der § 292 stellte früher das Antragserforderniß allgemein auf, jetzt ist dieses Jagdvergehen nur dann Antragsfall, wenn der Thäter

ein Angehöriger des Jagdberechtigten war. (Vgl. damit die Formulierung: „gegen Angehörige .... begeht" in den §§ 247, 263).

III. Abgesehen von den beiden Fällen § 4 Z. 3 Abs. 2 und § 5 Z. 3, welche in einen andern Zusammenhang gehören (s. oben § 24) finden sich in unserem StrGB. folgende Antragsfälle:

A. Verbrechen im e. S.: 1) Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten nach Analogie der §§ 81—84 — § 102. 2) Arglistige Verleitung zum außerehelichen Beischlaf § 179. 3) Entführung wider Willen der Frauensperson, um sie zur Unzucht zu bringen § 236.

B. Vergehen: 1) Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten nach Analogie der §§ 85 und 86 — § 102. 2) Beleidigung nichtdeutscher Landesherren oder Regenten § 103. 3) Beleidigung eines in Deutschland beglaubigten Gesandten oder Geschäftsträgers § 104. 4) Einfacher Hausfriedensbruch § 123 Abs. 1 u. 2. 5) Arglistige Verleitung zu einer ungültigen Ehe § 170. 6) Ehebruch § 172. 7) Verführung eines unbescholtenen noch nicht sechszehnjährigen Mädchens § 182. 8) Beleidigung §§ 185—187, 194. 9) Beschimpfung eines Verstorbenen § 189. 10) Entführung einer Frauensperson wider ihren Willen, um sie zur Ehe zu bringen § 236. 11) Entführung einer Einwilligenden § 237. 12–14) Diebstahl, Unterschlagung und Betrug begangen gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher §§ 247, 263. 15) Veräußerungen u. s. w. bei drohender Zwangsvollstreckung § 288. 16) Entwendung der eigenen oder einer fremden Sache zu Gunsten des Eigenthümers § 289. 17) Unberechtigtes Jagen seitens Angehöriger des Jagdberechtigten § 292 Abs. 2, 293. 18) Eröffnung verschlossener Urkunden (im w. S.) § 299. 19) Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen § 300. 20) u. 21) Ausbeutung Minderjähriger §§ 301, 302.

C. Uebertretungen: 1) Mundraub § 370 Z. 5. 2) S. g. Futterdiebstahl § 370 Z. 6.

(Daß für Jagdvergehen, auch wenn einer der im § 293 angeführten Strafschärfungsgründe vorliegt, das im § 292 Abs. 2 aufgestellte Antragserforderniß gilt, ergibt sich daraus, daß jene Strafschärfungsgründe nur facultative sind. Man vgl. § 123 Abs. 3, der nicht etwa, wie Viele meinen, für die Gegenansicht beweist. Unrichtig RGE. vom 23. Juni 1881 — III S. 428.)

Außerdem finden sich Antragsfälle noch in folgenden Reichsgesetzen: Nachdrucksgesetz § 23 (entsprechend in den drei Schutzgesetzen vom 9., 10. u. 11. Jan. 1876); Seemannsordnung §§ 81, 84. Markenschutzgesetz § 14, Patentgesetz § 34.

§ 67. Die allgemeinen Bestimmungen des Reichsstrafrechts über den Strafantrag.

I. Der zum Antrag Berechtigte ist der durch das Verbrechen Verletzte bez. dessen gesetzlicher Vertreter (s. § 65), also z. B. nicht die Mutter des verletzten unehelichen Kindes — RGE. vom 16. April u. 7. Juni 1880 (I S. 607, II S. 36); nach bayr. Landr. nicht der Stiefvater — RGE. vom 5. Jan. 1882 (IV S. 17). Verletzter ist, wie das ebenerwähnte RGE. sich ausdrückt, derjenige, welcher durch das Verbrechen „in seinen Rechten unmittelbar gekränkt ist", besser gesagt: dessen Gut das Angriffsobject des Verbrechens war, also z. B. da der Mundraub Verbrechen gegen Eigenthum und Gewahrsam ist, der Eigenthümer der entwendeten Sache, und derjenige, aus dessen Gewahrsam sie entwendet wurde. In mehreren Fällen hat das StrGB. die Person des zum Antrag Berechtigten näher bezeichnet, s. die §§ 102, 103, 170, 182, 189, 195, 196, 288. Vgl. Nachdrucksgesetz § 28.

Eine Vertretung des Antragsberechtigten bezugs der Willenserklärung ist nicht ausgeschlossen. Es bedarf dazu nicht mehr als eines mündlichen Auftrags — RGE. vom 10. Dec. 1880 u. 21. März 1881 (II S. 625, III S. 156). Generalvollmacht genügt in der Regel nur, wo es sich um Vermögensverbrechen handelt — RGE. vom 20. April und 1. Mai 1880 (I S. 620 und 707). Es ist also z. B. der Pfleger eines Nachlasses antragsberechtigt, wenn in Bezug auf den seiner Verwaltung unterstellten Nachlaß ein Delict verübt ist — RGE. vom 16. Febr. 1883 (V S. 125).

Ueber die Form der Anbringung des Antrags s. StrPrO. § 156 Abs. 2.

II. Die dreimonatliche Antragsfrist (§ 61) beginnt mit dem Tage, seit welchem der zum Antrag Berechtigte Kenntniß von That und Person des Thäters erhalten hat. Der Tag, an welchem der Antragsberechtigte diese Kenntniß erhalten hat, ist demnach in die Frist einzurechnen, so daß diese mit jenem Tag des dritten Mo-

nats abläuft, welcher die nächstniedrige Ziffer trägt — RGE. vom 16. Nov. 1881 (III S. 716).

Natürlich kommt es auf die Kenntniß des Antragsberechtigten (bez. seines gesetzlichen Vertreters), also nicht z. B. auf die des Generalbevollmächtigten an — RGE. vom 24. März 1882 (E. VI S. 119).

Richtig — und ein neuer Beweis von der Undurchführbarkeit der Fiction eines fortgesetzten Verbrechens ist es, wenn ein RGE. vom 29. Jan. 1881 (II S. 770) ausspricht, daß jeder „der einzelnen rechtsverletzenden Acte" bei Berechnung der Antragsfrist selbständig zu würdigen und die Frist für alle Handlungen, welche zusammen ein „fortgesetztes" Verbrechen bilden, nicht auf drei Monate nach erlangter Kenntniß des Antragsberechtigten von der letzten jener Handlungen zu erstrecken ist.

Besondere Bestimmungen über die Dauer der Antragsfrist: 1. StrPrO. § 428 (Widerklage bis zur Beendigung der Schlußvorträge in erster Instanz gestattet). 2. Seemannsordnung § 84 Abs. 5: Die Verfolgung (einer gröblichen Verletzung der Dienstpflichten) tritt nur auf Antrag ein. Der Antrag ist bis zur Abmusterung zulässig.

Unterlassen der rechtzeitigen Antragstellung ist als ein stillschweigender Verzicht auf dieselbe aufzufassen. Dagegen ist ein ausdrücklicher Verzicht auf die Antragstellung rechtsunwirksam — RGE. vom 13. Jan. 1881 (II S. 721) und 1. April 1881 (III S. 181), welches letztere betont, daß der Antragsberechtigte durch Stellung des Antrags dem öffentlichen Interesse dient. Der § 420 StrPrO. (Sühneversuch) beweist für die entgegengesetzte Ansicht nichts. Privatklage und Strafantrag sind auch bei den im § 420 erwähnten Handlungen verschiedene Dinge. Der Beleidigte verliert durch den Antrag auf einen Sühneversuch nicht sein Recht der Antragstellung binnen der im § 61 StrGB. gegebenen Frist. (Die Verschiedenheit von Privatklage und Antrag zeigt sich auch darin, daß ein Minderjähriger die erstere nicht erheben kann, und daß die erstere zwar abhängig ist von der rechtzeitigen Stellung des Antrags, dagegen binnen der ganzen Verjährungsfrist (§ 67 StrGB.) erhoben werden kann — RGE. vom 4. März 1881 (III S. 373). (Ueber die Wirkungen der Zurücknahme der Privatklage s. Keller Comm. zur StrPrO. 2. Aufl. S. 564.)

III. Zu § 62 vgl. RGE. vom 7. Dec. 1881 (E. V S. 191), wo (S. 193) ausgesprochen ist, daß der § 62 nur unter der Voraussetzung des gleichzeitigen Vorhandenseins mehrerer Antragsberechtigten gelte, während z. B. ein später bestellter gesetzlicher Vertreter „sich die Rechtslage gefallen lassen (muß), wie er sie von seinem Rechtsvorgänger überkommen hat". Man vgl. übrigens § 415 StrPrO., dessen bedenklichen Abs. 3 die Reichsgerichtspraxis noch dahin ausgedehnt hat, daß auch die öffentliche Klage nicht mehr auf Antrag eines anderen durch die nämliche Handlung Verletzten erhoben werden kann, wenn einmal auf Privatklage eines Verletzten in der Sache selbst eine Entscheidung ergangen ist — RGE. vom 22. April 1881 (III S. 240) und vom 14. Jan. 1883 (V S. 40 ff., insbesondere S. 43); vgl. auch RGE. vom 25. Febr. 1881 (III S. 74).

IV. Der Antrag kann nicht getheilt werden. Das Verfahren findet gegen Thäter, Theilnehmer und Begünstiger statt, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen worden ist (§ 63) und ebenso, wenn der Antragsteller erklärt hat, gegen einen oder einige der Betheiligten keinen Antrag stellen zu wollen — RGE. vom 1. April 1882 (IV S. 303). Auch wenn der Antragsteller irrthümlich seinen Antrag gegen eine Person richtete, die der That nicht schuldig war, kann Strafverfolgung gegen alle an der That Betheiligten im Sinn des § 63 stattfinden, außer wenn sich ergibt, daß der Wille des Antragstellers dahin gieng, Strafverfolgung nur unter der Bedingung eintreten zu lassen, daß die bezeichnete Person der Thäter sei, so daß es an einem Strafantrag gegen den wirklichen Thäter fehlt. Entscheidend ist die Feststellung der Absicht, wegen der Handlung die Strafverfolgung herbeizuführen — so RGE. vom 19. Sept. 1882 (E. VII S. 35).

Die Antragsfrist läuft bei absoluten Antragsfällen allen Betheiligten gegenüber von dem Tage an, an welchem der Antragsberechtigte von der Handlung und von der Person eines Betheiligten Kenntniß gehabt hat — Plenarentsch. v. 2. Jan. 1884 (VI S. 3).

Nach einem RGE. v. 17. Dec. 1881 (E. V S. 269) verliert der Antrag dann, wenn jene Person, gegen welche er allein gerichtet war, freigesprochen wird, nicht seine Rechtswirkung bezugs der sonst an der Handlung Betheiligten. Das Reichsgericht sagt (a. a. O. S. 272): „Der § 63 StrGB. ist nicht so zu verstehen, als sollte

sich der gegen einen Thäter oder Theilnehmer gerichtete Strafantrag nur gegen die Mitschuldigen dieses Thäters oder Theilnehmers erstrecken dürfen .... Vielmehr hat der § 63 .... das Verhältniß der in dem Strafantrage nicht Genannten zu der Handlung, deren Verfolgung beantragt worden ist, im Auge, nicht das Verhältniß derselben zu der Person ...., gegen welche auf Strafverfolgung angetragen worden ist. Er bringt nur den allgemeinen Grundsatz, daß dem Antragsberechtigten nur die Verfügung darüber, ob die gegen ihn verübte strafbare Handlung zu verfolgen sei, aber keinerlei Verfügung über den Umfang der einmal in Bewegung gesetzten öffentlichen Strafverfolgung zusteht, nach der Richtung hin zum Ausdruck, daß der Antragsberechtigte, wenn mehrere Mitschuldige vorhanden sind, nicht berechtigt ist, den Antrag zu theilen." Mit Recht ist aber (S. 271) betont, daß diejenigen Fälle, in welchen das Erforderniß des Strafantrags durch ein besonderes persönliches Verhältniß zwischen Verletztem und Thäter bedingt ist, „eine abweichende Behandlung rechtfertigen" (vgl. unten).

Daß auch in Preßsachen die Untheilbarkeit des Antrags und daher die Untheilbarkeit der Zurücknahme des Antrags (§ 64 Abs. 2) gilt (vgl. RGE. vom 15. Nov. 1883 — V S. 688), ist nicht zu bezweifeln.

Anders liegt die Sache nach § 247 Abs. 1 bez. 3, welcher letztere in Folge der ausdrücklichen Bestimmung in § 289 Abs. 5 auch auf die Besitzentwendung Anwendung findet und auch für den Fall von § 263 Abs. 4 per analogiam umsomehr anwendbar ist, als strenggenommen schon aus der Fassung dieser Gesetzesbestimmung sich ergibt, daß nur der in dem dort bezeichneten Verhältniß Stehende auf Antrag zu verfolgen ist. In allen den erwähnten „relativen" Antragsfällen — §§ 247, 263, 289 — ist der Antrag zwar untheilbar betreffs der in dem Verhältniß eines Angehörigen, Mündels oder Zöglings Stehenden, allein die Verfolgung anderer Betheiligter findet von Amtswegen statt und es schließt daher die rechtzeitige Zurücknahme des Antrags auch nicht die Strafverfolgung bez. Bestrafung derselben aus — RGE. vom 19. Dec. 1881 (E. V S. 274).

In den §§ 232 Abs. 2 und 303 Abs. 4 ist die Zurücknahme des Antrags für zulässig erklärt, wenn das (Antrags-) Vergehen „gegen einen Angehörigen verübt ist". Hier ist also die Zurück-

nahme des Antrags für theilbar erklärt und der Antragsberechtigte kann auf einem Umweg den Antrag selber zu einem theilbaren machen.

V. Die Zurücknahme des Antrags ist, so weit sie überhaupt gestattet ist, bis zur Verkündung (d. h. bis zum Beginne der Verkündung) eines auf Strafe lautenden Urtheils zulässig (§ 64 Abs. 1). Das Recht der Zurücknahme lebt auch nicht wieder auf, wenn das Strafurtheil in der höheren Instanz aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurückgewiesen wird — RGE. vom 12. Nov. 1880 (II S. 503). Hat das Urtheil nicht auf Strafe, sondern auf „Schuldig aber straffrei" gelautet (wie in den Fällen der §§ 199 und 233 möglich ist), so steht es der Zurücknahme des Antrags nicht im Wege.

Zur Zurücknahme berechtigt ist nur der Antragsteller oder dessen Vertreter (§ 65), nicht der Erbe des Antragstellers.

VI. Zu vergleichen sind noch die Bestimmungen der StrPrO., welche dem Antragsberechtigten besondere Befugnisse ertheilen, so die §§ 169, 170 (ein schwächliches Surrogat für die subsidiäre Privatanklage s. Geyer Lehrb. S. 407, 625), die §§ 414—434 (über die Privatklage), 435—446 (über die Nebenklage). Bezugs der Kosten des Verfahrens vgl. die §§ 502—504 StrPrO.

VII. Nicht nach den Vorschriften, welche über die Antragsfälle gelten, sind die Ermächtigungsfälle zu beurtheilen, welche in den §§ 99, 101, 197 StrGB. enthalten sind (nichtthätliche Beleidigung eines Bundesfürsten oder des Regenten eines Bundesstaats, Beleidigung gegen eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats oder gegen eine andere politische Körperschaft). Namentlich besteht für die Ermächtigung keine der Antragsfrist ähnliche Frist. Die Ermächtigung ist theilbar und ann, einmal ertheilt, nicht mehr zurückgenommen werden (s. Erk. des württ. Cass.-H. vom 24. Mai 1874 — Pezold Strafrechtspraxis I S. 84)*). Die Bestimmungen der Strafproceßordnung §§ 127 Abs. 3, 130 und 259 Abs. 2 (Einstellung des Verfahrens bei nicht vorliegendem Antrag) sind auch in Ermächtigungsfällen anzuwenden.

---

*) Das Gleiche gilt in den Fällen, welche nach A. 31 der Reichsverfassung und § 6 Z. 1 des EFG. zur StrPrO. zu behandeln sind (Genehmigung des Reichstags bezw. der gesetzgebenden Versammlung).

sind ferner erschienen:

Amann, Julius, Die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik, geprüft an der sogen. Lex Gallus. X u. 220 S. gr. 8. 1878. Preis *M.* 4. 80.

Amira, Karl von, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren. Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung. XVIII u. 354 S. gr. 8. 1874. Preis *M.* 7. 60.

— — Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den altniederdeutschen Rechten. X u. 225 S. gr. 8. 1874. Preis *M.* 4. 80.

— — Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte. Akademische Antrittsrede (15. Dezember 1875). II u. 74 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 1. 60.

Brügger, Friedrich, Ueber den Anspruch des Singularvermächtnissnehmers auf Früchte. 45 S. gr. 8. 1877. Preis *M.* —. 80.

Bürkel, Heinrich, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch. Inauguralschrift 1864. Neuer unveränderter Abdruck nach dem Tode des Verfassers (3/III 1877). II u. 149 S. gr. 8. 1880. Preis *M.* 3. 60.

Drey, Eugen, Die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings. Ein civilistischer Versuch. II u. 75 S. gr. 8. 1882. Preis *M.* 1. 60.

Gretener, Dr. Xaver, Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung. VI u. 188 S. gr. 8. 1879. Preis *M.* 3. 60.

Grueber, Dr. Erwin, Versuch einer Erklärung der L. 9 § 1 D. de jure dotium. 36 S. gr. 8. 1874. Preis *M.* 1. —.

— — Ueber den Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach römischem Rechte. Eine historisch-dogmatische Abhandlung. 45 S. gr. 8. 1875. Preis *M.* 1. 20.

Haiss, Wilhelm, Traditio und investitura. Ein rechtsgeschichtlicher Versuch. IV u. 164 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. —.

Hellmann, Friedrich, Die novatorischen Functionen der Wechselbegebung. 74 S. gr. 8. 1874. Preis *M.* 1. 60.

— — Das gemeine Erbrecht der Religiosen. Ein historisch-dogmatischer Versuch. 113 S. gr. 8. 1874. Preis *M.* 2. —.

— — Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 168 S. gr. 8. 1882. Preis *M.* 3. 60.

Holtzendorff, Franz von, Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco (früheren Fürstin Bauffremont). Ein Gutachten. 26 S. Lex. 8. 1876. Preis *M.* —. 75.

Krieg, G., Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt. 64 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 1. 20.

Lacher, G. A., Die Gemeindeordnung für die bayerischen Landestheile diesseits des Rheines vom 29. April 1869, mit Erläuterungen aus den Motiven des Gesetzentwurfes und den Kammerverhandlungen versehen. Zweite, nach dem Gesetze vom 19. Januar 1872 berichtigte Ausgabe. VIII u. 147 S. 8. 1873. Die erste Auflage erschien 1869. Preis *M.* 1. 40.

Lacher, G. A., Das Gesetz über die öffentliche Armen- und Krankenpflege vom 29. April 1869, mit Erläuterungen aus den Motiven des Gesetzentwurfes und den Kammerverhandlungen versehen. Zweite Aufl. VI u. 38 S. 8. 1873. Die erste Auflage erschien 1869. Preis *M.* —. 40.

— — Das revidirte Gesetz über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt vom $\frac{\text{16. April 1868.}}{\text{28. Februar 1872.}}$ Mit Anmerkungen herausgegeben. VII u. 51 S. 8. 1872. Preis *M.* —. 40.

Lorenz, F. A., Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem deutschen Einführungsgesetze vom 31. Mai 1870. Unter Anschluß des im Bureau des Kgl. Preußischen Justizministeriums redigirten Sachregisters. Mit erläuternden Anmerkungen unter besonderer Rücksicht auf Bayern. X u. 386 S. 8. 1873. Preis *M.* 4. —.

— — Das Gesetz, den Vollzug der Einführung des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich in Bayern betreffend, vom 26. Dezember 1871. Mit erläuternden Anmerkungen. V u. 239 S. 8. 1873. Preis *M.* 2. 40.

— — Das Polizeistrafgesetzbuch für Bayern vom 26. December 1871. Mit erläuternden Anmerkungen und den wichtigsten Vollzugsverordnungen und Instruktionen. XXII u. 330 S. 8. 1873. Preis *M.* 3. —.

Lotmar, Philipp, **Ueber Causa im römischen Recht.** Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften. IX u. 179 S. gr. 8. 1875. Preis *M.* 4. —.

— — **Zur legis actio sakramento in rem.** Habilitationsschrift. VI u. 145 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. 80.

— — **Kritische Studien in Sachen der Contravindication.** IV u. 181 S. gr. 8. 1878. Preis *M.* 3. 60.

Obermeyer, Moritz, **Die Lehre von den Sachverständigen im Civilprocess nach dem bisherigen gemeinen Recht und nach der neueren Gesetzgebung, insbesondere der Civilprocessordnung für das deutsche Reich.** Von der juristischen Fakultät der Universität München gekrönte Preisschrift. XI u. 209 S. gr. 8. 1880. Preis *M.* 4. —.

Reinhard, Dr. August, Die Kirchenhoheitsrechte des Königs von Bayern. Von der Juristenfakultät der Universität München mit dem Accessit gekrönte Preisschrift. 282 S. gr. 8. 1884. Preis *M.* 5. 40.

Roth, Paul von, Zur Lehre von der Genossenschaft. Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherren von Thüngen. IV u. 152 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 3. —.

Stroell, Dr. Adolf, **Ueber die concursrechtliche Realsicherheit fundirter Geldpapiere.** Mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse. 60 S. gr. 8. 1877. Preis *M.* 1. —.

Stupp, M., Sekretär der k. General-Bergwerks- und Salinen-Administration, Das Berggesetz für das Königreich Bayern vom 20. März 1869. Mit Erläuterungen. VIII u. 436 S. 8. 1879. Preis *M.* 8. —.

Weveld, Adalbert Freiherr von, **Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Civilprocess.** IV und 71 S. gr. 8. 1877. Preis *M.* 1. 20.

Kgl. Hof-Buchdruckerei von E. Mühlthaler in München.